

**MELINA GIRARDI FACHIN**

**EM BUSCA DA *ILHA DESCONHECIDA*:  
DO DISCURSO TEÓRICO À PRÁTICA EFETIVA DOS  
DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito Diurno, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri.

**CURITIBA  
2005**

**MELINA GIRARDI FACHIN**

**EM BUSCA DA *ILHA DESCONHECIDA*:  
DO DISCURSO TEÓRICO À PRÁTICA EFETIVA DOS  
DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**CURITIBA  
2005**

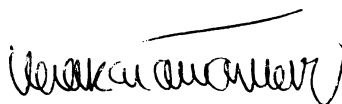
## TERMO DE APROVAÇÃO

MELINA GIRARDI FACHIN

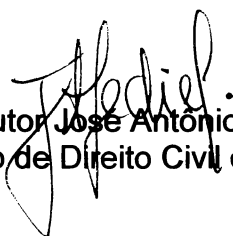
EM BUSCA DA *ILHA DESCONHECIDA*: DO DISCURSO TEÓRICO À PRÁTICA EFETIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:



Professora Doutora Vera Karam de Chueiri  
Departamento de Direito Público, UFPR



Professor Doutor José Antônio Peres Gediel  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Professora Doutora Kátia Kozicki  
Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 27 de outubro de 2005.

Dedico este trabalho menor aos maiores amores:

Ao Marcos Alberto, companheiro da eterna jornada em busca da *ilha desconhecida*. Sem você não seria possível *lançar-me ao mar*!

A meus pais, Luiz Edson e Rosana, astros maiores, que, em sua caminhada exemplar, *pintaram estrelas no muro e tiveram os céus ao alcance das mãos*.

As palavras são incapazes de transmitir meu imenso amor e gratidão por vocês!

À Cá, a única lá em casa que 'escapou' do direito.

Ao Pê, fruto da reivindicação justa de muitos natais que há doze anos enche nossas vidas de alegrias.

À Dodó e ao Dodô.

À Vó Otília, com cuja ausência aprendi a dor de uma saudades.

Agradeço à Professora Vera Karam de Chueiri que me ensinou que *os lírios também brotam das leis*.

Agradeço muito aos meus pais e ao Marcos pela ajuda sempre presente, pelo estímulo constante e, especialmente, pela inesgotável paciência!

***"Faz escuro, mas eu canto."***

**(Thiago de Mello)**

## SUMÁRIO

RESUMO .....	viii
INTRODUÇÃO .....	1
 <b>PARTE I - DIREITO E LITERATURA : EM BUSCA DAS ROTAS DAS NARRATIVAS EMANCIPATÓRIAS</b> .....	6
<b>CAPÍTULO I – DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO E A LITERATURA: ARQUIPÉLAGOS A DESCOBRIR</b> .....	6
SEÇÃO 1 – O DIREITO NA LITERATURA .....	7
SEÇÃO 2 – O DIREITO COMO LITERATURA .....	9
SEÇÃO 3 – O DIREITO DA LITERATURA .....	12
SEÇÃO 4 – LITERATURA E MUDANÇAS JURÍDICAS .....	13
<b>CAPÍTULO II – O CARÁTER EMANCIPADOR DO DIREITO LIDO PELOS OLHOS DA LITERATURA</b> .....	16
<b>CAPÍTULO III – SARAMAGO REVISITADO: UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS A PARTIR DO CONTO DA ILHA DESCONHECIDA</b> ..	24
 <b>PARTE II – 'O BARCO': A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS</b> .....	29
<b>ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA: <i>TODOS OS NOMES</i> E UM SÓ SENTIDO?</b> ....	31
<b>CAPÍTULO I – DIMENSÕES, CONCEITOS, FUNDAMENTO</b> .....	36
<b>CAPÍTULO II – A QUESTÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	48
SEÇÃO I – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	50
<b>CAPÍTULO III – RELAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O ESTADO</b> .....	62
 <b>PARTE III – LANÇAR-SE AO MAR: A AFIRMAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS</b> .....	69
<b>CAPÍTULO I – APLICABILIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS</b> .....	70
<b>CAPÍTULO II - MECANISMOS DE APROXIMAÇÃO ENTRE O DISCURSO TEÓRICO E A PRÁTICA EFETIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	78
 <b>CONCLUSÃO: ATRACAGEM?</b> .....	88
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	93

## RESUMO

O descompasso hodierno existente entre a teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais – espelhada em diversas declarações internacionais e na maioria das cartas constitucionais contemporâneas – e sua prática, ou melhor, a ausência dela – escancarada nas condições de vida da população – revela a insuficiência da dogmática positivista, incapaz de responder às demandas sociais. Diante dessa crise, faz-se imperiosa uma outra concepção dos direitos humanos e dos fundamentais que responda justa e democraticamente às necessidades da comunidade a qual se aplica. Para tanto tem lugar, uma reflexão que comprometa o discurso jurídico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais com a sua efetivação. É neste contexto que emerge a literatura como (uma das) possibilidade(s) da qual o discurso jurídico dispõe para tentar satisfazer às demandas que cotidianamente lhe são trazidas e que, tradicionalmente, buscou-se solucionar através da ciência positivista do direito, como se esta fosse capaz de subsumir toda a complexidade social. Especificamente em relação à construção teórica e efetivação dos direitos humanos, as tramas que se tecem podem ser mais bem trabalhadas e gerar um tecido mais justo se levada em consideração a narrativa literária, pois, mais complexa, atenta e aberta aos antagonismos e paradoxos que são lhe constitutivos. Neste influxo, a pesquisa parte da obra de Saramago, intitulada “Conto da ilha desconhecida”, para discutir os direitos humanos e os direitos fundamentais, em especial o hiato que há entre a sua construção teórica e a sua efetivação.



## INTRODUÇÃO

A complexidade contemporânea<sup>1</sup> do real, sobretudo no que tange à seara dos direitos humanos<sup>2</sup>, revelou a incapacidade, ao menos no plano prático, da teoria jurídica tradicional de responder às demandas sociais que ecoam nas vozes das classes menos favorecidas, aliadas do processo de desenvolvimento.

O direito como objeto da ciência jurídica centrada no positivismo jurídico de matriz kelseniana, foi reduzido à gramática do seu significado sintático e semântico, articulado no enunciado de suas normas, as quais, nesta perspectiva, significavam todo o direito. Para além do elemento normativo não haveria direito, reducionismo cuja gravidade se intensifica no campo dos direitos humanos e fundamentais.

Contemporaneamente, o descompasso existente entre a teoria dos direitos humanos – positivada em declarações internacionais e reafirmada na maioria das cartas constitucionais hodiernas – e sua prática, ou melhor, a ausência dela – escancarada nas duras condições de vida dos brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza<sup>3</sup> – revela a insuficiência da dogmática positivista que se mostra incapaz de responder às demandas postas ao direito.

Diante deste quadro, faz-se imperiosa uma outra teoria dos direitos humanos

---

<sup>1</sup> O conturbado início do novo milênio mostra-se coerente com as lições advindas do século XX consoante demonstra Eric Hobsbawm. A reflexão histórica "(...) não pode nos dizer como a humanidade pode resolver os problemas que enfrenta no fim do milênio. Talvez possa ajudar-nos a concluir quais são esses problemas, e quais devem ser as condições para a sua solução (...). Não sabemos para onde estamos indo. Só sabemos que a história nos trouxe até este ponto e porquê. Contudo, uma coisa é clara. Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou do presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar. E o preço do fracasso, ou seja, a alternativa para uma mudança da sociedade, é a escuridão." (HOBSBAWN, E. **Era dos extremos**. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 562).

<sup>2</sup> Paulo Bonavides bem esboça este enredamento: "Globalização serva de um Capitalismo de opressão que degrada e corrompe a natureza humana, ela esmaga a personalidade, conculca as franquias do cidadão, nega a soberania, anula a identidade dos povos. Globalização que criou um falso mundo sem alternativas para a liberdade, porque a liberdade nunca teve alternativa. É neste final de século uma tragédia para os direitos humanos." (BONAVIDES, P. **Os direitos fundamentais e a globalização**. In: LEITE, G. S. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 172).

<sup>3</sup> Em 1990, os 10% mais ricos detêm 49,7% da renda nacional e os 5% mais ricos, 35,5%. PNAD, 1990. Segundo a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) o Brasil é o país no qual o número de pobres e indigentes é superior à média dos países da América Latina. Segundo o PNUD, entre 1980 e 1990, 47% da população estava em situação de pobreza absoluta, sendo a proporção de 73% urbano e 38% rural.

e fundamentais que responda justa e democraticamente às demandas da comunidade a qual se aplica, isto é, que comprometa o discurso jurídico dos direitos humanos e fundamentais à sua efetivação.

A viragem para esta outra conformação, fundamentação e aplicação dos direitos humanos e fundamentais pressupõe um paradigma crítico, o qual encontra reflexo em uma postura desconstrutivista<sup>4</sup> perante o direito – acusando seus limites, incompletudes e contradições – com uma perspectiva reconstrutivista que o afirma – não sem assumir o seu caráter contingente.

Esse novo olhar apenas pode abrolhar sob uma miragem crítica e inovadora que contenha outras possibilidades teóricas, especialmente críticas em relação ao papel do ordenamento na salvaguarda dos direitos humanos e fundamentais. É justamente neste influxo que emerge a literatura como uma dessas possibilidades de análise no campo dos direitos humanos, como emancipação destes frente à racionalidade jurídica tradicional.

Martha Nussbaum ratifica a possibilidade libertadora do recurso à literatura quando afirma que:

Pode haver algumas visões do mundo e de como nele se deveria viver – visões que, especialmente, enfatizam a sua surpreendente diversidade, sua complexidade e mistério, sua defeituosa e imperfeita beleza e que não podem ser completa e adequadamente colocadas na linguagem da prosa filosófica convencional, um estilo marcadamente monótono e carente em imaginação, mas somente em linguagem e formas mais complexas, mais alusivas e mais atentas ao específico.<sup>5</sup>

Neste sentido, a pesquisa que aqui se põe pretende analisar o fosso abissal

---

<sup>4</sup> “The fact that law is deconstructible is no bad news. We may even see in this a stroke of luck for politics, for all historical progress. But the paradox that I’d like to submit for discussion is the following: it is this deconstructible structure of law (*droit*), or if you prefer of justice as *droit*, that also insures the possibility of deconstruction. Justice in itself, if such a thing exists, outside or beyond law, is not deconstructible. Deconstruction is justice. It is perhaps because law (*droit*) (which I will consistently try to distinguish from justice) is constructible, in a sense that goes beyond this opposition between convention and nature, it is perhaps insofar as it goes beyond this opposition that it is constructible and so deconstructible and, what’s more, that it makes deconstruction possible, or at least the practice of a deconstruction that, fundamentally, always leads to questions of *droit*. 1. The deconstructibility of law (*droit*) makes deconstruction possible. 2. The undeconstructibility of justice also makes deconstruction possible, indeed is inseparable from it. 3. The result: deconstruction takes place in the interval that separates the undeconstructibility of justice from the deconstructibility of *droit* (authority, legitimacy, and so on).” (DERRIDA, J. Force of law. **Cardozo Law Review**, v. 11, p. 943-944, jul./aug. 1990).

<sup>5</sup> NUSSBAUM, M. **Love's knowledge**. New York/ Oxford: Oxford University, 1990, p. 3.

entre a teoria e a prática dos direitos humanos e fundamentais a partir da obra de José Saramago, intitulada “Conto da ilha desconhecida”.

Portanto, não se poderia começar este trabalho senão com a indagação do homem do Conto da Ilha Desconhecida de Saramago<sup>6</sup>: *“E a ilha desconhecida, perguntou o homem do leme, A ilha desconhecida não passa de uma idéia da tua cabeça, os geógrafos do rei foram ver nos mapas e declararam que ilhas por conhecer é coisa que se acabou desde há muito tempo”*.

O homem nutrido pelo seu sonho de liberdade enxerga no barco do rei o instrumental necessário para a efetivação da sua vontade de ir em busca da ilha desconhecida. No entanto, ao mesmo tempo em que trilha seu caminho em direção à ilha desconhecida, ou quiçá, inexistente, descobre esta também dentro de si como algo que jazia dormente e, então, desflorou.

O homem do leme (re)afirma o objeto metodológico desta pesquisa, qual seja, a cumplicidade entre o direito e a literatura. A reflexão que ora se propõe, objetiva mostrar que uma nova maneira de pensar o direito e os direitos humanos pode levar em conta a narrativa literária, na qual as tramas que se tecem revelam o necessário nó político-ético da trama jurídica.

Bem como o homem da história de Saramago que com o barco fornecido pelo rei traçou uma ponte entre seu sonho e a efetivação deste – buscar a ilha desconhecida – a reflexão delinear-se-á acerca da busca de mecanismos efetivos de aproximação do discurso teórico e da proteção efetiva dos direitos humanos fundamentais (*nossa ilha desconhecida*)<sup>7</sup>. É este itinerário que singelamente objetiva-se traçar no presente trabalho, rompendo com a monotonia destas travessias que não encampam a luta e atêm-se ao conformismo.

Para tanto, o trabalho equilibra-se sob um tripé fundamental o qual, ao seu turno, se assenta em diversos alicerces com objetivo de melhor explorar a temática.

O primeiro pilar do artigo versa sobre o estudo das inúmeras variações e possibilidades da interlocução do discurso jurídico e da narrativa literária, sempre

---

<sup>6</sup> SARAMAGO, J. **O conto da ilha desconhecida**. São Paulo: Cia das Letras, [s.d.].

<sup>7</sup> A *ilha desconhecida* subsiste tanto no coração daquele homem e também nos arquipélagos da vida, o que, de fato, a torna uma busca incessante; a *nossa ilha desconhecida* – mecanismos de aplicação prática do discurso jurídico dos direitos humanos – é de igual maneira procura constante, dentro e fora do ordenamento jurídico.

atentando para o caráter emancipador que traz consigo, já que arrosta o direito a despir-se do discurso normativo fechado para a experiência vívida e salutar da interdisciplinaridade.

Procura-se, em um segundo momento, refletir acerca da possibilidade de um direito (e de direitos) cuja narrativa, a exemplo da narrativa literária, se possa desconstruir apontando as suas incompletudes e insuficiências. Mas que, no momento da aplicação do direito, tal discurso seja reconstruído, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, compreendido como possibilidade de realização efetiva da justiça e da democracia.

Ao cabo, por meio do conto de Saramago busca-se compreender os direitos humanos e os direitos fundamentais a partir de uma narrativa jurídica transformadora que, ao invés de reproduzir e conservar os velhos e insuficientes discursos jurídicos os desconstrua para, então, reconstruir o direito em bases radicalmente comprometidas com a democracia e a justiça material.

A ordem jurídica do terceiro milênio deve ser capaz de responder satisfatoriamente, não apenas através da consolidação constitucional dos princípios fundamentais, mas por meio da afirmação prática desses direitos, aos 47,2%<sup>8</sup> de brasileiros que ainda vivem abaixo de um padrão mínimo de higiene e, consequentemente, de humanidade.

O direito não pode furtar-se a este compromisso prático de celebração dos direitos humanos e fundamentais, essenciais a uma existência minimamente digna, ainda desconhecida por uma expressiva população do globo.

Subscreve-se, assim, lição necessária que bem sintetiza e subsidia as idéias do presente projeto, para seguir em frente:

*Para salvar la vida de las mayorías urge liberar los derechos humanos. Liberarlos del formalismo jurídico que no sólo ha mostrado ser funcional al sistema de muerte, sino que desarrolla hoy en día una utopía de ciudadanía del mundo cosmopolita a partir de un imaginario jurídico de derechos humanos como ley planetaria. No se trata de rechazar la juridicidad actual fruto de transcendentales luchas emancipatorias. Se trata de liberarla del utopismo institucional que se ha constituido a partir de ella, y que hoy es instrumento de un poder imperial occidental. Esto significa eliminar la visión de los derechos humanos como*

---

<sup>8</sup> De acordo com o IBGE apenas 52,8% dos brasileiros possuem alguma espécie de fossa séptica ou esgoto. Os dados são mais alarmantes em regiões como o Nordeste onde pouco mais de 20% das residências possui. (IBGE. Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 1999 (CD-ROM). Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2002).

*proyecto de sociedad a construir y legitima cualquier medio para su materialización. Los derechos humanos como juridicidad son recuperables solo con apoyo a las luchas de resistencia de las victimas y no como instrumento de legitimación de ningun orden social o institucional.*<sup>9</sup>

Buscar a aproximação do discurso teórico e da prática efetiva dos direitos humanos e fundamentais é, quiçá, navegar contra a maré da teoria jurídica tradicional e dominante; é, todavia, a assunção do comprometimento social do Direito contra a acachapante e perversa racionalidade da exclusão social.

---

<sup>9</sup> Para salvar a vida das maiorias urge libertar os direitos humanos. Libertá-los do formalismo jurídico que não só se mostrou funcional ao sistema de morte, mas que desenvolve hoje em dia uma utopia de cidadania do mundo cosmopolita a partir de um imaginário jurídico de direitos humanos como lei planetária. Não se trata de rechaçar a juridicidade atual fruto de transcendentais lutas emancipatórias. Trata-se de liberá-la do utopismo institucional que se construiu a partir dela, e que hoje é um instrumento do poder imperial ocidental. Isto significa eliminar a visão dos direitos humanos como projeto de sociedade a construir e legitimar quaisquer meios para sua materialização. Os direitos humanos como juridicidade são apenas recuperáveis com o apoio às lutas de resistência das vítimas e não como instrumento de legitimação de nenhuma ordem social ou institucional (Tradução livre). (GUTIÉRREZ, G. Globalización y liberación de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y critica de la razón liberal**. Bilbao: Desclee, 2000. p. 198).

## **PARTE I - DIREITO E LITERATURA : EM BUSCA DAS ROTAS DAS NARRATIVAS EMANCIPATÓRIAS**

### **CAPÍTULO I – DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO E A LITERATURA: ARQUIPÉLAGOS A DESCOBRIR**

O diálogo salutar entre o discurso literário e a narrativa jurídica pode ser concebido de diversos modos. Tradicionalmente, nas incomuns interseções entre essas duas searas, o aporte literário é explorado, não raro, em sua superficialidade para a construção de metáforas, formando uma espécie de direito literário. Através deste pensamento o ideário que subjaz a interligação do direito e da literatura resta latente e intocado.

O estudo das maneiras de conexão entre estes dois discursos não é discussão relegada ao plano abstrato. A análise destas diversas formas de pensar o direito a partir da literatura é, em realidade, a apreciação de modos plurais e porosos de incidência do fenômeno jurídico. Não se trata de acondicionar a literatura no direito, reduzindo-a aos saberes espalhados nos manuais de ensino jurídico ou de exegese jurisprudencial, os quais compõem o que tradicionalmente se chama de *doutrina ou literatura jurídica*.

Consoante assevera Jacques Derrida: *“under the pretext of fiction, literature must be able to say anything; in other words, it is inseparable from the human rights, from the freedom of speech, etc.”*<sup>10</sup>

Na discussão que ora se propõe restam algumas interrogações para as quais nunca se encaixarão pontos finais, a exemplo do sentido ontológico dos dois elementos deste enlace: direito e literatura. Não há enunciado plausível de enclausurar tais significantes tendo em vista a inesgotável força criativa dos fatos e das mentes que os movem.

---

<sup>10</sup> “Sob o pretexto de ficção, a literatura deve ser capaz de dizer alguma coisa, em outras palavras, ela é inseparável dos direitos humanos, da liberdade de expressão, etc.” (Tradução Livre). (DERRIDA, Jacques. Remarks on deconstruction and pragmatism. In: MOUFFE, Chantal. *Pragmatism and deconstruction*. New York/London: Routledge, 1996. p. 80).

Nesta toada, Richard Posner, em sua obra, intenta fixar um critério de delimitação literária afirmando que “*literature can only be judged great only by its ability to survive in the competition of the literary marketplace*”<sup>11</sup>. No entanto, não será esta a concepção de literatura que o presente trabalho pretende adotar, posto que reducionista, já que analisa a teoria literária unicamente sob o aspecto estritamente econômico – discernimento irrelevante para análise da literatura.

Para os efeitos desta reflexão, direito e literatura – e conseqüentemente seus espaços de interseção – serão apreendidos em sua narrativa emancipatória. Explique-se que esta via é assim apontada sem a exclusão de outras sendas, mas, em nosso ver, tão só o caráter emancipatório pode abrir este diálogo interdisciplinar, crítico e construtivo.

Neste diapasão, Thomas Morawetz<sup>12</sup> nos apresenta formas diversas de pensar sobre direito e literatura: o direito na literatura (*law in literature*), o direito como literatura (*law as literature*), direito da literatura (*law of literature*) e literatura e mudanças jurídicas (*literature and legal reforms*).

Consoante a temática de fundo, esta classificação não se apresenta como taxativa e estanque. Nos ateremos à sua análise, pois bem demonstram as intrincadas redes que a literatura e o direito formam.

## SEÇÃO 1 – O DIREITO NA LITERATURA

Este matiz de compreensão da interlocução entre direito e literatura revela a representação do universo jurídico pelos textos literários. Desvela o desenho dos operadores jurídicos e das instituições legais por meio do olhar literário.

Neste sentido Richard Posner assevera: “*law’s techniques and imaginary have permeated Western culture from its earliest days. The law has engaged the attention of imaginative writers as an object of fascination in its own right, as we see*

---

<sup>11</sup> “A literatura só pode ser julgada ótima pela sua habilidade de sobrevivência na concorrência do mercado literário.” (Tradução Livre). (POSNER, R. **Law and literature**. Massachusetts: Harvard University, 1998, p. 11).

<sup>12</sup> MORAWETZ, T. Law and literature. In: PATERSON, D. A. **Companion to philosophy of law and legal theory**. USA: Blackwell, 1999.

in 'legal' works of literature ranging from 'Eumenides and Antígona to The Caine Munity', (...).<sup>13</sup>

Dentro desse espectro surgem diferentes tons, alerta Morawetz<sup>14</sup>. Um número grande de peças literárias apreende o universo jurídico centrado na idéia procedimental deste. Desta feita, enfocam questões acerca dos procedimentos legais, trâmites processuais e julgamentos – a exemplo do *Mercador de Veneza*<sup>15</sup>.

Segundo Posner, “the first aspect of law, the forensic, provides an analogy to the troubled lives encountered in works of literature”<sup>16</sup>.

Um enfoque diverso é aquele centrado na figura dos operadores do direito, em especial nos advogados. Neste sentido, surge o estigma do causídico como vilão ou anti-herói, não raro exposto a constrangimentos morais decorrentes da prática do direito.

Por fim, a lei e sua representação simbólica também constituem tema recorrente na literatura. A lei, neste contexto, é freqüentemente utilizada como meio de coerção e disciplina frente aos sujeitos dela alijados – conforme bem demonstra a literatura kafkiana<sup>17</sup>.

Há propósitos específicos desta exposição do direito na literatura, conforme afirma Morawetz: “Law in literature may also serve more limited didactic agendas, yielding insight for example into the treatment of minorities and woman by law, into the resolutions between classes and cultures, and into the significance or absurdity of law's rituals and language”<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> “As técnicas e imaginação (fantasia) jurídicas permearam a cultura ocidental desde seus primórdios. O Direito compôs o pensamento de escritores imaginativos como um objeto de fascínio em seu próprio direito, como vemos em trabalhos “legais” de literatura que vão de *Eumenides* e *Antígona* a *Cidadão Kaine*, (...).” (Tradução Livre). (POSNER, *op. cit.*, p. 3).

<sup>14</sup> MORAWETZ. “The terrain of law in literature has its regions”. (*Law and literature* ..., p. 451).

<sup>15</sup> Neste sentido ver: CHUEIRI, V. K. **The Merchant of Venice**: (de)constructing Shakespeare or talking about philosophy, literature, law and justice. Trabalho apresentado no seminário Justice, Perjury and Forgiveness ofertado pelo professor Jacques Derrida no outono de 1999, no Departamento de Filosofia da Graduate Faculty da New School for Social Research.

<sup>16</sup> “O primeiro aspecto do direito, o forense, fornece uma analogia às vidas conturbadas encontradas nos trabalhos literários” (Tradução Livre). (POSNER, *op. cit.*, p. 3).

<sup>17</sup> Ver: Kafka ou L'en Deçà de la Loi. In: (OST, F. **Raconter la loi**. Paris: Odile Jacob, 2004, p. 337).

<sup>18</sup> “O direito na literatura pode também servir a objetivos didáticos mais limitados, levando luz, por exemplo, ao tratamento das minorias e mulheres pelo direito, nas resoluções entre classes e



Dando suporte ao caminho almejado, explicita Posner a ambivalência dessas influências recíprocas: *"If the law has fascinated writers and literary scholars, literature has fascinated judges and other lawyers, lately including law professors, as a possible model for their judicial, forensic, and scholarly efforts respectively, as a possible source as insight into the social problems that arise in legal cases (...)"*.<sup>19</sup>

Essa perspectiva singra itinerário inverso ao que se pretende traçar, qual seja, a literatura mergulhada no direito conforme explicitam as reflexões que seguem.

## SEÇÃO 2 – O DIREITO COMO LITERATURA

Essa perspectiva dialógica entre direito e literatura requer a consciência de que tanto o direito quanto a literatura podem ser aparatos textuais (ou fundamentalmente retóricos) que servem para a concepção e câmbio de significados semânticos.

Entrever o direito sob esse aspecto significa tratar os textos jurídicos como peças literárias que o são<sup>20</sup>, analisar nestes a presença de instrumentos retóricos e estratégias argumentativas presentes nos textos legais.

Outrossim, o direito como literatura converte-se no estudo da hermenêutica jurídica. Avulta, destarte, a relevância hodierna desse estudo da linguagem representativa do direito e do papel central da interpretação.

Plauto Faraco de Azevedo sublinha a cumplicidade do direito com a tarefa hermenêutica ao afirmar que "de certo modo tudo no direito se refere à interpretação. Elaboram-se leis para serem aplicadas à vida social e não há aplicação sem prévia interpretação. E a interpretação, que não é só das leis em sentido amplo, mas também dos fatos, sofre decisiva influência dos fatos em que se

---

culturas, e entre o significado ou absurdo dos rituais e linguagem do direito" (Tradução Livre). (MORAWETZ, *op. cit.*, p. 452).

<sup>19</sup> "Se o direito fascinou escritores e estudiosos literários, a literatura fascinou juizes e outros advogados, ultimamente até os professores de direito, como um modelo possível de esforços jurídicos, forenses e acadêmicos, como uma fonte possível para compreender os problemas sociais que avultam nos casos legais". (Tradução Livre). (POSNER, *op. cit.*, p. 4).

<sup>20</sup> Nesta toada, Richard Posner fala em "Judicial Opinions as Literature". (*ibidem*, p. 255).

apoia".<sup>21</sup>

Contemporaneamente é na obra de Hans-Georg Gadamer que se encontra elementos para uma (nova) hermenêutica que não se limita à pura técnica de interpretação (*Auslegung*) buscando, desta maneira, dar sentido (*Sinngabung*).<sup>22</sup> Segundo ele, a hermenêutica é "básico estar-em-movimento do Ser que constitui a sua finitude e a sua historicidade e, por isso, inclui o conjunto da sua experiência no mundo"<sup>23</sup>.

Essa *viragem ontológica da hermenêutica*<sup>24</sup> se dá, no pensamento gadameriano, através da linguagem. Conforme afirma o autor: "A linguagem não está aí como um simples instrumento de que lançamos mão, ou que construímos para nós, com o fim de comunicar e fazer distinções com ele"<sup>25</sup>.

É justamente a partir da idéia de linguagem que o autor alemão estrutura seus ensinamentos que trazem consigo não apenas uma nova concepção hermenêutica – círculo hermenêutico<sup>26</sup> – como também uma percepção inovadora da própria razão<sup>27</sup>.

Como contraponto, faz-se menção necessária, nesta toada, aos ensinamentos de Jurgen Habermas, cujas idéias arquitetaram o paradigma jus-filosófico da ação comunicativa. Enfatiza Habermas a importância da interpretação teleologicamente orientada, uma vez que a filosofia e o direito seriam também linguagem.<sup>28</sup> Assim sendo, ratifica: "*precisamente porque la filosofía se sabe como*

<sup>21</sup> AZEVEDO, P. F. de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 14.

<sup>22</sup> STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 168.

<sup>23</sup> GADAMER, H. G. **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 15.

<sup>24</sup> O próprio autor explica os propósitos dessa construção hermenêutica: "A hermenêutica aqui desenvolvida não é, por conseguinte, uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender o que as ciências humanas são na verdade, para além de sua auto-consciência que nos liga à totalidade da nossa experiência no mundo". (*Ibidem*, p. 34).

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 591-592.

<sup>26</sup> Conforme relembra Lênio Streck citando Vattimo: "Al círculo hermenéutico se pueden remitir en esta esquemática formulación los tres elementos constitutivos de la llamada, con un término de origen gadameriano, ontología hermenéutica: el rechazo a la objetividad como ideal del conocimiento histórico; la generalización del modelo hermenéutico a todo el conocimiento, histórico o no; la linguisticidad del ser". (STRECK, *op. cit.*, p. 184).

<sup>27</sup> STRECK, *op. cit.*

<sup>28</sup> Habermas transforma a hermenêutica em ciência social, como crítica a ideologia. Afirma o

*expresión de la sociedad que critica, el análisis científico de la sociedad no necesita como tal de fundamentación filosófica, aunque sus resultados han de interpretarse críticamente*".<sup>29</sup>

Reforçando os ensinamentos postos, Márcio Oliveira Puggina, vislumbrando uma concepção hermenêutica essencialmente pragmática, afiança que:

Interpretar é extrair o sentido e alcance das expressões de direito, sendo que a hermenêutica se constitui no instrumental teórico (sistemas interpretativos, métodos e processos) posto à disposição do intérprete.

A partir da visão dogmática do sistema jurídico, tem-se, da interpretação, a idéia de que, uma vez sedimentada a interpretação de uma norma jurídica, a sua aplicação será sempre com o mesmo sentido e alcance. Em outras palavras, parece assistêmico que a interpretação das normas jurídicas possa variar dadas as peculiaridades do caso concreto.

Tal equivocada idéia vem da noção, já superada, de que interpretar é desvendar na norma jurídica a vontade do legislador. Ora, se isto é uma vez revelada a intenção do legislador, não haveria como mudar a interpretação da norma.

Contudo, interpretar não é descobrir a *mens legislatoris* (vontade do legislador) se não que revelar a *mens legis*, vale dizer, a vontade da lei que corresponde à vontade da sociedade e esta varia na exata medida que variam os fatos sociais.<sup>30</sup>

É justamente na suplantação dessa concepção hermenêutica utilitarista e instrumental do direito que avulta uma das facetas de importância dessa comunhão entre direito e literatura. Acerca da importante tarefa hermenêutica, literária ou jurídica, François Ost nos adverte:

*(...) du lecteur et de la réception de l'oeuvre: c'est le moment de la refiguration, qui implique tout à la fois une reprise creative de l'oeuvre et une transformation du lecteur-spectateur. (...) Le monde du texte explique Ricoeur est comme en suspens, au-delà de l'écrit, en instance de refiguration par ses lecteurs. De son côté, Gadamer notait: 'l'oeuvre d'art est un jeu qui ne s'accomplit que dans l'accueil que lui réserve le spectateur. (...)*

---

autor: "É assim que Habermas introduz a hermenêutica na metodologia das ciências sociais a fim de reconhecer o objetivismo das abordagens científicas do universo social, buscando reconhecer que: (1) o hiato entre o sentido subjetivamente visado e o objetivamente concretizado não pode ser transposto, nem pelas ciências hermenêuticas, tampouco pelas empírico-analíticas; (2) a sua aparente irreconciliabilidade subjaz à tentativa de uma articulação dialética, uma vez compreendido que ambas representam modos de investigação legítimos." (LEAL, R. G. **Hermenêutica e direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999, p. 126).

<sup>29</sup> "Precisamente porque a filosofia se sabe como expressão de uma sociedade que critica, a análise científica da sociedade não necessita como tal de fundamentação filosófica, todavia seus resultados hão de interpretar-se criticamente." (Tradução Livre) (HABERMAS, J. **Teoria y práxis**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 399).

<sup>30</sup> PUGGINA, M. O. A hermenêutica e a justiça do caso concreto. In: SAMPAIO, P. de A. et al. **Ética, justiça e direito**. Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p. 169.

*Confronté a cette demande de resignification, le lecteur est appelé, comme le montre bien G. Steiner, à développer une lecture responsable – une lecture qui reponed à l’auteur et qui reponde du texte.*<sup>31</sup>

De tal modo, a mirada dos textos jurídicos sobre este enfoque desconstrói a falsa intangibilidade do discurso do direito. Desta maneira, aproxima-se a fronteira entre a seara jurídica – pretensamente racional – e a esfera literária – lúdica – colocando questões de fundo relevantes a quaisquer textos.

### SEÇÃO 3 – O DIREITO DA LITERATURA

O terceiro aspecto possível do diálogo entre o direito e a literatura – qual seja, o direito da literatura – representa ainda uma zona limítrofe cujas raia não se encontram bem delineadas.

A análise de textos literários como peças jurídicas impõe a discussão acerca dos bordos da influência da expressão artística na esfera do direito.

Expressiva parcela doutrinária ressalta, neste nó, a possibilidade de emergência de uma *jurisprudência literária*<sup>32</sup>. Também singra este caminho Richard Posner ao aduzir: “*we can learn a great deal of jurisprudence from some works of literature, indeed, a well-chosen set of such works would be a close substitute for discursive works of jurisprudence*”<sup>33</sup>.

Essa discussão deve ser procedida com cautela, pois, em que pese a salutar interdisciplinaridade com outros ramos do conhecimento, especialmente artísticos, alguns limites a essa penetração são necessários sob pena do colapso do próprio

---

<sup>31</sup> “do leitor e da recepção da obra: é o momento da refiguração, que implica, ao mesmo tempo, uma retomada criativa da obra e uma transformação do leitor-espectador. (...) O mundo do texto, explica Ricoeur, está como em suspenso, para além do escrito, em instância de refiguração por seus leitores. H. G. Gadamer, por sua vez, observava: *A obra é a arte de um jogo que só se efetua no acolhimento que lhe reserva o expectador(...)* Confrontado a essa demanda de re-significação, o leitor é chamado a desenvolver, como bem mostra G. Steiner, uma leitura responsável – uma leitura que responde ao autor e que responde ao texto”. (Tradução livre). OST, *op. cit.*, p. 31.

<sup>32</sup> A expressão *Literary Jurisprudence* é cunhada na obra de MORAWETZ, T. **Law and Literature**.

<sup>33</sup> “Nós podemos aprender muito de jurisprudência com alguns trabalhos de literatura; na realidade, um conjunto bem escolhido de tais trabalhos seria um substituto próximo para trabalhos jurisprudenciais discursivos.” (Tradução Livre). (POSNER, *op. cit.*, p. 5).

discurso jurídico. É nesse influxo que o próprio Posner acentua os limites da *jurisprudência literária*<sup>34</sup>.

Os dois arcos dessa relação não podem flechar de morte a especificidade que cada campo possui em si mesmo; nada obstante o desenho literário, ao ser captado projetando uma arquitetura jurídica, expande o discurso jurídico de tal modo que o renova substancialmente, inaugurando fronteiras antes impossíveis para os signos e significados que o direito apreende, não raro, de modo insípido e inodoro.

Por isso, o direito da literatura é mais que uma peça literária, como tradicionalmente concebida e desborda, mais ainda, dos confins de uma peça jurídica como classicamente apresentada. É uma seara que nasce no texto literário, nele não se esgota, se projeta para o terreno do jurídico e espanca os quadriláteros usuais da conformação geométrica do texto jurídico em sentido estrito.

Por aí se compreende porque é recomendável uma conjugação de cautela com ousadia, uma vez que a criatividade, que é imanente à literatura, de um lado, não pode nem deve perder sua especificidade (daí a cautela), de outro, é a partir da criação, que se aparta do real, que se dá o nascimento de um texto jurídico lá descoberto, e por isso mesmo não concebido nem nascido sob as vestes reducionistas das expressões da juridicidade.

Neste diapasão, necessário compartilhar do prelúdio imperioso de Ost: "*Les juristes apprennent à la Faculte que le droit s'origine dans le fait 'ex facto ius otitur'*". Ao lado deste o autor insere outro caminho possível de ser seguido: "*'ex fabula ius oritur' - c'est du récit que sort le droit*"<sup>35</sup>.

O desafio é ir além sem ficar aquém das possibilidades que emergem do direito da literatura.

#### SEÇÃO 4 – LITERATURA E MUDANÇAS JURÍDICAS

A fisionomia do derradeiro estilo de conjugação entre o discurso literário e o

---

<sup>34</sup> "The Limits of Literary Jurisprudence". (POSNER, *op. cit.*, p. 127).

<sup>35</sup> "Os juristas aprendem na Faculdade que o direito se origina no fato: *ex facto ius oritur*". (Tradução livre). OST, *op. cit.* p. 19.

jurídico remonta ao aspecto revolucionário e emancipador que a narrativa literária pode assumir. A literatura, sobremaneira a popular<sup>36</sup>, pode ser uma grande força motriz para propor e problematizar a alteração dos rumos sociais e jurídicos.

Na cultura helênica, Platão relata que a literatura era vista como ameaça à ordem política e à disciplina dos cidadãos. No geral, a literatura teve sempre um substrato político presente que inspirou reformas políticas e jurídicas<sup>37</sup>.

François Ost evidencia a dicotomia instaurada na racionalidade grega que fixava artistas e legisladores em pólos concorrentes ao asseverar: "*Les légistes entendent maintenir les poètes à distance pour préserver l'intégrité du droit et de la justice(...). Personne n'aura été aussi loin que Platon; personne n'aura soustenir que l'ordre juridique tout entier est une tragedie la plus excellente(...). Contre Platon lorsqu'il s'agirait de mettre le poète sous tutelle pour préserver l'intégrite du dogme*"<sup>38</sup>.

Sob a égide do dogmatismo, os efeitos sociais e políticos que abrolham desses textos foram, por muito tempo, *enclausurados*<sup>39</sup> pela teoria positivista que – em consonância com uma visão fechada do fenômeno científico – não os via nem como peças literárias nem como produtoras de efeitos jurídicos.

Victor Hugo foi ao encontro dessa ordem de idéias ao afirmar que "*la littérature commence par former le public, après quoi elle fait le peuple. Écrire c'est gouverner*"<sup>40</sup>.

A literatura como produto humano, tal qual a ciência jurídica, reflete indubitavelmente, em maior ou menor escala, as vicissitudes, peculiaridades e

<sup>36</sup> Faz-se imperioso esclarecer que nem toda "cultura" popular possui este viés emancipador que buscamos. Para o sentido almejado cabe ressaltar o trabalho de Chico Buarque à frente do Comitê Popular de Cultura (CPC).

<sup>37</sup> Há, porém, alguns escritos – que ao nosso ver não merecem a denominação literária por lhes faltar o aspecto emancipador – que geram influências políticas e sociais perniciosas, a exemplo do folhetim de Adolf Hitler "Mein Kampf".

<sup>38</sup> "os legistas querem manter os poetas à distância para preservar a integridade do direito e da justiça (...) Ninguém, mesmo o mais convicto dos representantes contemporâneos da corrente *direito e literatura*, terá ido tão longe quanto Platão; ninguém terá ousado afirmar que a ordem jurídica é a *mais excelente das tragédias*. (...) Contra Platão quando se tratar de pôr o poeta sob tutela de preservar a integridade do dogma." (Tradução livre) (OST, *op. cit.*, p. 9).

<sup>39</sup> A palavra aqui é utilizada para remontar-nos à obra de Umberto Eco, **Em Nome da Rosa**, onde as obras *subversivas* – a exemplo das aristotélicas sobre o riso – eram mantidas em claustro haja vista seu potencial, no mínimo, perturbador à ordem então vigente.

<sup>40</sup> "A literatura começa por formar o público, para depois fazer o povo. Escrever é governar." (Tradução livre). In: OST, *op. cit.*, p. 17.

idiossincrasias de seus sujeitos, bem como o contexto no qual está inserida.

Segundo bem demonstra Luckáks quando diz que “não há composição sem concepção do mundo”<sup>41</sup>. Ancorado neste influxo nos ensina Carlos Drummond de Andrade: “O tempo é minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente”<sup>42</sup>.

Walt Withman, *o árbitro do diverso*, reivindica uma literatura, neste caso sob a forma poética, *igualadora de sua época e de sua terra*. Para o autor, a imaginação poética auxiliaria a determinação do norte das relações políticas e sociais, uma vez que sem a participação desta “as coisas são grotescas, excêntricas, infrutuosas” haja vista a insuficiência do utilitarismo econômico em sua consignação<sup>43</sup>.

Portanto, a derradeira nuance deste diálogo talvez melhor demonstre as diversas implicações, não apenas teóricas, mas também práticas<sup>44</sup> que exsurgem desta renovada mirada do fenômeno jurídico tendo em vista a força emancipatória literária. Conseqüentemente, sob esta ótica, o direito liberta-se de sua concepção insular e, paradoxalmente, descobre, ao revés do que dizem os geógrafos do rei<sup>45</sup>, que existem mais ilhas a descobrir.

Em linhas gerais são essas quatro matizes, concebidas em conjunto, que podem orientar o modo de (re)pensar a literatura e o direito como possibilidade de emancipação da realidade social.

Expostas as passagens possíveis a serem percorridas entre os caminhos contíguos do direito e da literatura, faz-se necessário trazer à colação os fatores que nos movem a cursar esta jornada.

---

<sup>41</sup> In: KONDER, L. **Lukáks**. Porto Alegre: L&PM, 1980.

<sup>42</sup> ANDRADE, C. D. de. *Mãos dadas*. In: BARATA, M. S. **Canto melhor**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969. p. 14.

<sup>43</sup> WITHMAN, W. **Canto a mí mismo**. Lisboa: Assírio & Alvim, 1999.

<sup>44</sup> Consoante ensina François Ost: “La pratique aura vite fait de re-problématiser les normes ainsi définies: des conflits de devoir apparaîtront, des situations inédites se présenteront qui feront que le décideur renouera avec la sagesse pratique, et parfois le tragique de l’action: nos pas choisir entre le blanc et le noir, mais entre le blanc et le gris, ou pire encore, entre le gris et le gris ou le gris et le noir.” (OST, *op. cit.*, p. 33).

<sup>45</sup> “E a ilha desconhecida perguntou o homem do leme, A ilha desconhecida não passa de uma idéia da tua cabeça, os geógrafos do rei foram ver nos mapas e declararam que ilhas por conhecer é coisa que se acabou desde há muito tempo...” (SARAMAGO, *op. cit.*).

## CAPÍTULO II – O CARÁTER EMANCIPADOR DO DIREITO LIDO PELOS OLHOS DA LITERATURA

Percorridas os diversos entretons nos quais se apresenta a interlocução entre o discurso jurídico e o literário, impende-se apontar os motivos que nos levam a optar por essas vias, por vezes tortuosas, pelas quais marcham, de braços dados, o direito e a literatura.

As abstrações que deste diálogo germinam apresentam efeitos práticos. A teoria jurídica tradicional apresenta profundas variações quando mirada através das lentes lúdicas literárias. Destarte, obrada esta mudança de referencial, é factível que haja uma mudança de racionalidade no discurso jurídico tradicional pretensamente hermético e autopoietico<sup>46</sup>.

Em conformidade com as lições de Jacques Derrida pode-se assegurar que: *"not only does literature simultaneously depend on and interrogate laws, but the law – the continual subject of narratives – can only be understood as a self-contradictory, lacking in pure essence, and structurally related to what Derrida terms différance, in its unmetaphysical sense, literature"*.<sup>47</sup>

Neste diapasão, Martha Nussbaum ensina que *"la narrativa y la imaginación literaria no sólo se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportarle ingredientes esenciales"*<sup>48</sup>. Prossegue a autora, justificando sua opção pelo recurso literário: *"Defiendo la imaginación literaria porque me parece un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de personas cuyas*

<sup>46</sup> De acordo com a teoria luhmaniana o sistema social é composto por vários subsistemas que nascem de um processo de diferenciação funcional. Cada um destes subsistemas funciona, segundo o autor, autopoieticamente e o seu entorno não influenciaria as modificações daquele sistema. As alterações determinadas no interior do sistema não ocorreriam de acordo com a racionalidade do entorno. Gera-se, assim, uma concepção positiva e acabada do subsistema jurídico. In: LUHMAN, N. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: ICE de UAB, 1990.

<sup>47</sup> "não apenas a literatura simultaneamente depende de e interroga as leis, mas a lei – o contínuo assunto de narrativas – pode apenas ser entendido como um auto-contraditório, sem essência pura, e estruturalmente relativo ao que Derrida chama de *différance*, neste sentido não-metafísico, literatura." (Tradução livre). DERRIDA, J. **Acts of literature**. New York and London: Routledge, 1992, p. 182.

<sup>48</sup> "A narrativa e a imaginação literária não apenas se opõe a argumentação racional, mas também lhe aportam ingredientes essenciais" (Tradução Livre). (NUSSBAUM, M. **Justicia poética**. Santiago do Chile: Andrés Bello, 1997, p. 15).



*vidas estan distantes de la nuestra*<sup>49</sup>.

Essa ordem de idéias já se fazia presente no pensamento filosófico clássico, pois, segundo Aristóteles<sup>50</sup> a arte literária é “mais filosófica” que a própria história. Esta se limita a narrar o ocorrido enquanto aquela descreve o que poderia ocorrer. Enquanto a disciplina histórica centra-se em ações passadas concretas, a literatura se centra nas ações possíveis.

A articulação do discurso jurídico com a narrativa literária é apropriada, uma vez que insta a abertura da ciência jurídica. Para François Ost, *“entre le droit et le récit, des rapports se nouent et se dénouent qui semblent hésiter entre dérision et idéal. Et voilà le droit ébranlé dans ses certitudes dogmatiques et reconduit aux interrogations essentielles...”*<sup>51</sup>

São dois interstícios que se fundam: por um lado, o direito conecta-se à interdisciplinaridade e ao diálogo com outros ramos e outras formas de saber; por outro lado, o fenômeno jurídico se articula com as demandas sociais, seu verdadeiro escopo, libertando-se, assim, das amarras positivas.

Portanto, *“la lectura de novelas no nos dirá todo sobre la justicia social, pero puede ser un puente hacia una visión de la justicia y hacia la realización social de esa visión”*<sup>52</sup>.

Por meio dessa racionalidade, o direito passa a enxergar os sujeitos não mais como “membros de uma massa anônima e indiferenciada”, destinatária dos textos legais, mas sim como “seres humanos singulares e individuais”<sup>53</sup>. Isto porque, conforme afirma Nussbaum:

*(...) a novela narra una historia. Al hacerlo, induce al lector a interesarse por los personajes, a participar de sus proyectos, temores e esperanzas, a compartir sus intentos de*

---

<sup>49</sup> “Defendo a imaginação literária precisamente porque me parece um ingrediente essencial de uma postura ética que nos insta a interessarmos no bem-estar das pessoas cujas vidas estão distantes da nossa.” (Tradução Livre) (*Ibidem*, p. 18).

<sup>50</sup> ARISTÓTELES. **Poética 9**. São Paulo. Abril Cultural, Os Pensadores; 1984.

<sup>51</sup> “Entre direito e narrativa, atam-se e desatam-se relações que parecem hesitar entre derrisão e ideal. E o direito vê-se abalado em suas certezas dogmáticas e reconduzido às interrogações essenciais...” (Tradução livre). OST, *op. cit.*, p. 7.

<sup>52</sup> “A leitura de textos literários não nos dirá tudo sobre a justiça social, porém pode ser uma ponte para a visão de justiça e para a realização social desta visão”. (Tradução Livre). (NUSSBAUM. **Justicia** ..., p. 38).

<sup>53</sup> WOODSON v. North Carolina, 428 U.S. 280, 304 (1976).

*desentrañar los misterios y perplejidades de sus vidas. La participación del lector se explicita en muchos puntos de la narración. Y los lectores comprenden que en cierto modo se trata de su propia historia, pues muestra posibilidades de elección que en cierto sentido también son las suyas, aunque las circunstancias concretas varíen enormemente. El lector evalúa e interpreta con actitud crítica pero afectuosa, pues el texto lo retrata como un agente social responsable de crear un mundo que puede parecerse o no al mundo que hay en esas páginas, un agente que en la vida debe entablar una relación emocional y práctica con los problemas de la clase obrera y la conducción de los gerentes y dirigentes. Al imaginar cosas que en verdad no existen, la novela, como ella misma lo manifiesta, no es "improductiva", pues ayuda a sus lectores a reconocer su propio mundo y a escoger más reflexivamente.*<sup>54</sup>

E prossegue asseverando:

*Todos somos, en la medida que interactuamos moral y políticamente, proyectores fantasiosos, todos creamos ficciones y metáforas y todos creemos en ellas. Lo cierto es que la escuela "fáctica", que niega experiencia subjetiva a las vacas y caballos – y humanidad a los obreros –, se embarca en la creación de ficciones tanto como los lectores de novelas y los soñadores. Su rotunda negación de la vida y la humanidad exceden, como los asertos de los otros, los límites de la evidencia. Nunca conoceremos con certeza el contenido del corazón de esa forma que percibimos, sólo podemos escoger entre una interpretación generosa y una interpretación mezquina. La visión interna o fantasía, la gran caridad del corazón, alimenta una interpretación generosa del mundo. Esta interpretación, como bien sugieren las novelas, no sólo es más adecuada como explicación de la totalidad de la conducta humana tal como la experimentamos, sino que también es causa de mejores modos de vida.*<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> "O texto literário narra uma história. Ao fazê-lo, induz o leitor a se interessar pelos personagens, a participar de seus projetos, temores e esperanças, a compartilhar seus intentos de desenterrar os mistérios e perplexidades de suas vidas. A participação do leitor se explicita em muitos pontos da narração. E os leitores compreendem que de certo modo se trata de sua própria história, pois mostra possibilidades de eleição que em certo sentido também são as suas, ainda que as circunstâncias concretas variem enormemente. O leitor avalia e interpreta com atitude crítica, porém afetiva, pois o texto o retrata como um agente social responsável de criar um mundo que pode se parecer ou não com o mundo que há nessas páginas, um agente que na vida deve encarnar uma relação emocional e prática com os problemas da classe trabalhadora e a condução dos gerentes e dirigentes. Ao imaginar coisas que na verdade não existem, o conto, como ele mesmo se manifesta, não é "improdutivo", pois ajuda seus leitores a reconhecer seu próprio mundo e a escolher mais reflexivamente. (Tradução Livre). (NUSSBAUM. *Justicia* ..., p. 60).

Neste influxo, François Ost aponta uma diferença estrutural entre o discurso jurídico e a narrativa literária: "alors que celui-là (le droit) se decline dans le registre de la généralité et de l'abstraction (la loi, dit-on, est générale et abstraite), celle-ci (la littérature) se déploie dans le particulier et le concret." (OST, *op. cit.*, p. 15).

<sup>55</sup> Todos somos, na medida que interagimos moral e politicamente, projetores fantasiosos, todos criamos ficções e metáforas e todos cremos nelas. O certo é que a escola "fática", que nega experiência subjetiva às vacas e cavalos – e humanidade aos trabalhadores – embarca na criação de ficções tanto como os leitores de contos e os sonhadores. Sua rotunda negação da vida e da humanidade excede, como os acertos dos outros, os limites da evidência. Nunca conheceremos com certeza o conteúdo do coração desta forma que percebemos, apenas podemos escolher entre uma interpretação generosa e uma interpretação mesquinha. A visão interna ou fantasia, a grande caridade do coração, alimenta uma interpretação generosa do mundo. Esta interpretação, como bem sugerem os textos literários, não apenas é mais adequada como explicação da totalidade da conduta humana tal como a experimentamos, senão que também é causa de melhores modos de vida. (Tradução Livre). (NUSSBAUM. *Justicia* ..., p. 68).

É justamente essa possibilidade de *libertação* do fenômeno jurídico das amarras positivistas que o seguram distante da realidade social que o discurso literário nos permite. Neste diapasão, afiança Ost: "*alors que la littérature libère des possibles, le droit codifié la réalité (...) Tel est bien le travail de la littérature: bousculer les conventions, suspendre nos certitudes, libérer des possibles – dégager l'espace ou libérer le temps des utopies créatrices*".<sup>56</sup>

A interlocução com o elemento lúdico torna o tecido jurídico maleável à percepção social sem retirar-lhe o enfoque racional próprio do pensamento científico. Dotada de imaginação a razão jurídica se torna benigna, sem aquela esta recai no dogmatismo frio e cruel da lei.

O pretenso viés cientificista de busca da "razão" e da "verdade" é que alicerça as resistências de grande parte da doutrina jurídica ao recurso literário<sup>57</sup>. Todavia, o discurso jurídico legal, ou tradicional, não possui respaldo fático que o torne porta-voz desta pretensa verdade, já que não espelha a vida concreta dos sujeitos que dela necessitam.

Segundo apregoa Ingo Sarlet,<sup>58</sup> está se vivendo um *mal-estar constitucional*, já que o Estado Democrático de Direito não se efetivou para grande parte da população. Ao menos para os 24,3 milhões de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza<sup>59</sup>, a Constituição brasileira de 1988 – e os princípios implícitos e explícitos dela derivados – não saíram do papel.

É nesse influxo que Richard Posner ressalta este salutar diálogo entre direito e literatura, tendo em vista a *acusação literária das injustiças legais*:<sup>60</sup> "*show how a*

<sup>56</sup> "Tal é exatamente o trabalho da literatura: pôr em desordem as convenções, suspender nossas certezas, liberar possíveis – desobstruir o espaço ou liberar o tempo das utopias criadoras." (Tradução livre). OST, *op. cit.*, p. 10.

<sup>57</sup> "Le droit ne se contente pas de défendre des positions instituées, mais exerce également des fonctions instituanes – ce qui suppose création imaginaire de significations sociales-historiques nouvelles et déconstruction des significations instituées qui leur font obstacle. À l'inverse, et symétriquement, la littérature ne se contente pas d'œuvrer sur le versant instituant de l'imaginaire, il lui revient aussi de s'appuyer sur ses formes instituées." (*Ibidem*, p. 15).

<sup>58</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

<sup>59</sup> Disponível em: <http://www.andes.org.br/imprensa/ultimas/contatoview.asp?key=3075>. Acesso em: jun. 2005.

<sup>60</sup> "The Literary Indictment of Legal Injustice". É o título do 5º capítulo da obra: POSNER, *op.*

*lawyer's knowledge can enrich our understanding of such fiction and how a critic's knowledge of such fiction can enrich our understanding of law*"<sup>61</sup>.

Destarte, o escopo racional da ciência jurídica também não subsiste como elemento refutador da interlocução com a literatura. Em primeiro lugar, porque a ficção não está apenas no discurso literário, mas também, na teoria jurídica, conforme nos aponta Ost: *"les fictions dont regorge le droit (l'extra-territorialité des hôtels diplomatiques, par exemple)"*<sup>62</sup>. Em segundo lugar, a teorização jurídica *soi-disant* acrítica e neutral revela percepção enodada do real marcada por uma ideologia subjacente.

Tanto o direito quanto a literatura são produtos da subjetividade humana. Portanto, ambos possuem uma vocação emocional irrefreável. O direito é, do mesmo modo que a narrativa literária, um dos possíveis discursos sobre o real. Nesta singra, atestigua Martha Nussbaum que *"la novela no nos exhorta a desechar la razón, sino a llegar a ella bajo la luz de la fantasía, entendida como una facultad creativa e veraz."*<sup>63</sup>

A objeção da narrativa literária encontra assento no fato de estar ontologicamente imbricada com manifestações emocionais<sup>64</sup>. Assim, partindo-se do paradigma neutro e cartesiano, que dissocia a razão da emoção como critério de validade do pensamento científico, o discurso literário não teria espaço dentro do meio aceptico do direito. Refutando tais idéias, Richard Posner avalia a contribuição que a emoção poderia aportar à racionalidade pública e ao direito:

---

*¿Es posible suponer que las personas son racionales sólo o principalmente cuando realizan transacciones en los mercados y cuando no realizan otras actividades de la vida, tales como el matrimonio, el litigio, el delito, la discriminación y el ocultamiento de información? (...)*

---

*cit.*, p. 148.

<sup>61</sup> "Mostrar como o conhecimento de um advogado pode enriquecer nosso entendimento de tal ficção e como o conhecimento de um crítico de tal ficção pode enriquecer nosso entendimento do direito." (*ibidem*, *loc. cit.*).

<sup>62</sup> "as ficções que proliferam no direito (a extraterritorialidade das sedes diplomáticas, por exemplo). (Tradução livre). OST, *op. cit.*, p. 35.

<sup>63</sup> "O texto literário não nos leva a descartar a razão, apenas aproximar-se dela sob a luz da fantasia, entendida como faculdade criativa e voraz". (Tradução Livre). (NUSSBAUM. *Justicia* ..., p. 74).

<sup>64</sup> "Las emociones no solo constituyen respuestas probables ante el contenido de muchas obras literarias, sino que son inherentes a su misma estructura, como maneras en que las formas literarias solicitan atención". (*ibidem*, p. 85).

*Pero muchos lectores sin duda considerarán intuitivamente que estas elecciones (...) se encuentran en el área donde las decisiones son emocionales, más que racionales.*<sup>65</sup>

O sensorial emotivo aporta no contexto jurídico como elemento diferencial na prática do direito. As emoções preocupam-se com os indivíduos, capturando a vida em todas as suas vicissitudes e nuances.<sup>66</sup> Nesta via também singram os ensinamentos de Nussbaum ao dizer que *“es la emoción del espectador juicioso, la emoción que las obras literarias forjan en sus lectores, que aprendem lo que es sentir emoción por ‘una masa anónima e indiferenciada’ sino por el ‘ser humano individual y singular’”*<sup>67</sup>.

O direito – visto sob as lentes lúdicas literárias – enxerga a *vida concreta de cada sujeito*<sup>68</sup> opondo-se a *“un enfoque pseudo científico de la economía, y también a su insensible aplicación sin respecto por las historias que se narran dentro de un contexto histórico concreto”*<sup>69</sup>. A releitura do direito através do olhar literário se refere a um posicionamento crítico da herança jurídica tradicionalista.

A literatura apresa a biografia de cada sujeito que por ela passa, assim, nos leva a captar cada vida como individual e singular. Este exercício hermenêutico mostra-se deveras importante em um país com uma conjuntura social como o Brasil, pois necessária para o abrandamento do fosso social. A compreensão literária singra pelo *iter* da igualdade social já que se pode, através dela, em um vívido e profundo exercício de alteridade, *“imaginar el dolor de otra persona y preguntar por su*

---

<sup>65</sup> “É possível supor que as pessoas são racionais apenas ou principalmente quando realizam transações nos mercados e quando não realizam outras atividades da vida, tais como o matrimônio, o litígio, o delito, a discriminação e o ocultamento de informação? (...) Muitos leitores, todavia, sem dúvida consideram intuitivamente que essas escolhas (...) se encontram na área aonde as decisões são emocionais, mais que racionais”. (Tradução Livre). POSNER, R. **The Economics of Justice**. Chicago: Harvard University Press, 1981, p. 2.

<sup>66</sup> Necessária advertência de Martha Nussbaum ao admitir que “no todas las emociones son buenas guías. Para ser una buena guía la emoción debe ante de todo estar informada por una visión verdadera de lo que sucede: los datos Del caso, su significado para los actores y todas las dimensiones de su sentido o importancia que puedan resultar elusivas o distorsionadas en la consciencia de los actos.” (Tradução Livre). (NUSSBAUM. **Justicia** ..., p. 109).

<sup>67</sup> “É a emoção do espectador sensato, a emoção que as obras literárias forjam em seus leitores, que apreendem o que é sentir não por ‘uma massa anônima e indiferenciada’, mas sim pelo ‘ser humano individual e singular’”. (Tradução Livre). (*ibidem*, p.114).

<sup>68</sup> Referência ao quarto paradigma jus-filosófico da vida concreta de cada sujeito. Ver: MATURANA, H.; VARELA, F. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

<sup>69</sup> “ (...) um enfoque pseudocientífico da economia e também sua insensível aplicação sem respeito pelas histórias que se narram dentro de um contexto histórico concreto”. (Tradução Livre). (NUSSBAUM. **Justicia** ..., p. 76).

*significación, es um modo poderoso de apreender acerca de la realidad humana y de adquirir uma motivación para modificarla*<sup>70</sup>.

Assim, a seara jurídica – e suas interpretações (dela e que dela decorrem) – apontam alterações ideológicas e substanciais quando miradas através do discurso literário. Desta maneira, a interlocução aqui proposta abotoa no campo das teorizações e o transcende apontando efeitos e mudanças práticas.<sup>71</sup>

Nesta toada, François Ost afirma que *“la littérature contribue directment à la formulation et à l’élucidation des principales questions relatives à la justice, à la loi et au pouvoir*<sup>72</sup>. Desta religação ontológica com a justiça – não tomada em sentido metafísico, mas a *justiça no caso concreto* – abrolha o escopo prático deste diálogo.

Partindo desta ordem de idéias, a literatura seria um *espelho invertido* da prática que abrolha do discurso jurídico. Pois cabe a ela, segundo Ost, *“penser la justice contre elle-même: mettre à distance la justice comme institution (toujours tentée par l’enfermement dans l’ideologie), pour libérer la justice comme valeur et rappeler ainsi l’institution à sa réelle vocation*<sup>73</sup>.

Paradoxalmente, a literatura, haja vista sua forte carga imaginária, passa a ser espelho da realidade. Tanto a narrativa literária quanto o discurso jurídico são produtos ficcionais, imaginários descritivos a partir de uma concepção e apreensão do real. A literatura, porém, ao revés do direito, não deturpa a realidade, mas sim a apreende e a recria. Esta consciência não encontra espaço na ciência dogmática e positivista, desta maneira, sob a pretensão de ser o real o direito o deturpa.

---

<sup>70</sup> “(...) imaginar a dor de outra pessoa, de participar dela e perguntar seu significado, é um modo poderoso de aprender sobre a realidade humana e de adquirir uma motivação para modificá-la.” (Tradução Livre). (*ibidem*, p. 129).

<sup>71</sup> Diametralmente oposta a esta ordem de idéias é a obra de Posner quando afirma, baseando-se em Stanley Fish: “He (Stanley Fish) is empathic that the theory cannot bring us to the happy state. The theory can have no effect on practice. For Fish, every area of human activity is a game that has rigid rules, like chess. You could have a theory about chess – about its origins, its fascination, even how it might be improved by a change in rules. But you could not use the theory in playing chess. When you play chess you play by its rules, not theory’s rules. So legal theory, including theories about interpretation, whether they originate in law itself, or in literary theory or practice, or anywhere else, could not be expected to alter the way judges decide cases. Fish argues, because judges play the judging game, which has its own rules.” (POSNER. *Law and ...*, p. 249).

<sup>72</sup> “a literatura contribui diretamente à formulação e à elucidação das principais questões relativas à justiça, à lei e ao poder.” (Tradução livre). OST, *op. cit.*, p. 45.

<sup>73</sup> “pensar a justiça contra ela mesma: colocar à distância a justiça como instituição (sempre tentada pelo fechamento na ideologia), para liberar a justiça como valor, lembrando assim à instituição sua real vocação.” (Tradução livre). *Ibidem*, p. 18.

Equilibrada sob essas premissas, a prática que daí deriva pode guardar, e guarda, distância da afirmação teórica e legal.

Esse interstício abissal entre o discurso e a prática do direito é, ao menos, suavizado, se admitirmos outras miradas acerca do fenômeno jurídico, a exemplo da releitura jurídica pela via literária. A literatura opera uma refundação basilar nesta concepção jurídica moderna, consoante afirma François Ost

*(...) c'est une fonction de conversion fondatrice qu'assume la littérature, sans l'avoir nécessairement cherché pour autant: le récit se fait 'fondateur' – comme la plupart de ceux qu'on étudie dans ce livre – donnant non seulement à penser, mais aussi à valoriser, et bientôt à prescrire.*

*Ainsi l'exploration de l'envers du décor juridique, qui aura révélé ses fictions et ses constructions en trompe-l'oeil, ses artifices et ses effets de scène, produira-t-elle, du même mouvement, et un savoir critique des constructions juridiques et une amorce de refondation de celles-ci sur fond d'une connaissance élargie des puissances du langage, ainsi que des tours et détours de la raison pratique.<sup>74</sup>*

A possibilidade de superação desta distância prática que guarda a ciência jurídica tradicional por meio de uma ponte literária que a aproxime dos sujeitos concretos e da justiça material é que torna imprescindível que a esta singela reflexão aporte o conjunto de idéias acima exposto.

O desenvolvimento do primeiro pilar do presente trabalho, até aqui levado a efeito, teve esse fim que agora explicita, claramente, o viés adotado, qual seja, uma releitura que se propõe como comprometida, emancipadora e crítica da teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais – como aqui se busca.

Mais ainda, essa proposta que almeja evidenciar, de um lado, o diálogo entre o direito e a literatura, e de outro, a imperiosa necessidade de superação entre teoria e prática, se projeta, por meio do conto da Ilha Desconhecida, como método e conteúdo emancipatórios no âmbito dos direitos humanos e dos fundamentais.

---

<sup>74</sup> “é uma função de *conversão fundadora* que a literatura assume, sem que o tenha necessariamente buscado: a narrativa faz-se fundadora – como a maior parte que estudamos neste livro – não apenas se dando a pensar, mas também a valorizar e em seguida a prescrever.

Assim a exploração do avesso do cenário jurídico, que terá revelado suas ficções e suas construções em *trompe-l'oeil*, seus artificios e seus efeitos de cena, produzirá, no mesmo movimento, tanto um saber crítico das construções jurídicas quanto um começo de refundação destas com base num conhecimento ampliado dos poderes da linguagem, bem como dos meandros da razão prática.” (Tradução livre). Ibidem, p. 21.

### **CAPÍTULO III – SARAMAGO REVISITADO: UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS A PARTIR DO CONTO DA ILHA DESCONHECIDA**

Fixadas as bases gerais sobre as quais o diálogo entre o direito e a literatura se articulam na presente reflexão, faz-se necessária certa particularização dos elementos dialógicos. Trava-se, a partir deste momento, a interlocução entre os direitos humanos e fundamentais e *O Conto da Ilha Desconhecida*<sup>75</sup> de José Saramago. Duas margens possíveis, banhadas pelo mesmo curso de saberes, a serem vincadas por uma zona de interseção comum.

Consoante anteriormente asseverado, edifica-se essa ponte dialética, uma vez que se busca compreender os direitos humanos e os fundamentais desde um embasamento emancipatório que apresenta crítica às narrativas jurídicas até então elaboradas e que se mostraram insuficientes para a efetivação destes.

Especificamente em relação à construção teórica e efetivação dos direitos humanos e fundamentais, entende-se que as tramas que se tecem podem ser mais bem trabalhadas e gerar um tecido mais justo se levarmos em conta a narrativa literária, mais complexa, atenta e aberta aos antagonismos e paradoxos que lhe são constitutivos.

Nesse sentido, Saramago assegura que “a literatura sempre tem algo a dizer num mundo como o atual, onde o ser humano é a coisa mais descartável que há. Perde-se o sentido do protesto, o sentido crítico, parece que se vive no melhor dos mundos possíveis”. Assegura ainda que “a globalização econômica é uma nova forma de totalitarismo” e que “a democracia é um ponto de partida e não de chegada”. Encerra afirmando que “assistimos a um mundo em extinção”<sup>76</sup>.

Atentando para tal objetivo, inicialmente faz-se imperiosa a delineação qualitativa do texto de Saramago já que alicerces das meditações o seguirão após.

Essa história de perseverança inicia-se quando um homem, alimentado por seu sonho, foi bater à *porta das petições* do castelo do rei para pedir-lhe um barco.

---

<sup>75</sup> SARAMAGO, *op. cit.*

<sup>76</sup> Entrevista extraída do site [geocities.yahoo.com.br/ciencia2000\\_br/caverna.html](http://geocities.yahoo.com.br/ciencia2000_br/caverna.html). Acesso em: mar. 2005.



Usualmente, estes requerimentos não ocupam os afazeres da Corte, pois, estavam sempre mais ocupados com a *porta dos obséquios* (que faziam ao rei, ressalva o autor português).

Com o homem em questão, porém, as coisas desde o início já se passaram de modo diverso. Não desistiu, ficou irredimido por três dias e três noites frente à porta até que o rei, em pessoa, abalou-se até o local para tomar ciência da identidade “do intrometido que se havia negado a encaminhar o pedido pelas competentes vias burocráticas”<sup>77</sup>.

Assim, abrindo a *porta das petições* vislumbrou-se o rei, fato inédito até então naquele reino, que se dirigiu ao homem com três perguntas ininterruptas: “Que é que queres, Por que foi que não disseste logo o que querias, Pensarás tu que eu não tenho mais nada o que fazer”<sup>78</sup>. O homem respondeu-lhe singelamente: “Dá-me um barco”<sup>79</sup>.

Destarte, intrigado o rei prosseguiu com as indagações: “E tu para que queres um barco”. “Para ir a procura da ilha desconhecida” retrucou o homem. Certo da impossibilidade do pleito o rei lhe redarguiu: “Disparate, já não há ilhas desconhecidas, Estão todas nos mapas”. Seguro de seu pedido, ou melhor, de seu sonho, o homem replicou: “Nos mapas estão só as ilhas conhecidas(...) Se eu to pudesse falar dizer (que ilha desconhecida é essa), então não seria desconhecida (...) É impossível que não exista uma ilha desconhecida!”<sup>80</sup>.

Como monarca preocupado com as possessões do reino, ele inquirir a respeito da eventual titularidade dessa (im)possível ilha. Contrapõe o homem que ao soberano apenas “interessam as ilhas conhecidas”, este, todavia, alega que lhe “interessam as ilhas desconhecidas quando assim o deixam de ser”. Rebate o

---

<sup>77</sup> Saramago explana o funcionamento procedimental do atendimento aos requerimentos: “Só quando o ressoar contínuo da aldraba de bronze se tomava, mais do que notório, escandaloso, tirando o sossego da vizinhança (as pessoas começavam a murmurar, Que rei temos nós, que não atende), é que dava ordem ao primeiro-secretário para ir saber o que queria o impetrante, que não havia maneira de se calar. Então o primeiro-secretário chamava o segundo secretário, este chamava o terceiro, que mandava o primeiro-ajudante, que por sua vez mandava o segundo, e assim por aí afora até chegar à mulher da limpeza, a qual, não tendo ninguém em quem mandar, entreabria a porta das petições e perguntava pela frincha, Que é que tu queres.” (SARAMAGO, *op. cit.*, p. 5 e ss.).

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>79</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>80</sup> *Ibidem*. Trecho do diálogo retirado da página 17.

requerente que “Talvez esta não se deixe conhecer”<sup>81</sup>.

A população que estava a assistir aquele espetáculo sem precedentes, tocada pela persistência daquele homem, iniciou um coro ensurdecador no qual clamavam: “Dá-lhe o barco, dá-lhe o barco”<sup>82</sup>. Desconcertado o rei resolveu por fim dar-lhe a embarcação, mas, sem a equipagem técnica e pessoal necessária.

Ao partir em direção ao porto para recolher o barco que lhe era de direito, o homem não esperava já ter conquistado marinheiros. A mulher da limpeza pensou consigo que “já bastava de uma vida de limpar e lavar palácios, que tinha chegado a hora de mudar de ofícios, que lavar e limpar barcos era sua vocação verdadeira, no mar, ao menos, a água nunca lhe faltaria”<sup>83</sup>.

Chegando às instalações portuárias o homem dirigiu-se ao capitão, entregando-lhe a recomendação real de oferecer-lhe uma embarcação. O capitão do reino, por sua vez, intrigado confabula com o homem: “Poderás dizer-me para que queres o barco, Para ir a procura da ilha desconhecida, Já não há ilhas desconhecidas, (...), É estranho que tu, sendo homem do mar me digas isso, que já não há ilhas desconhecidas, homem da terra sou eu, e não ignoro que todas as ilhas, mesmo as conhecidas, são desconhecidas enquanto não desembarcarmos nelas”.<sup>84</sup>

Estando a caravela escolhida, o homem necessitava, agora, ir em busca de sua tripulação. Neste momento é surpreendido pela mulher da limpeza a quem indaga: “E por que não estás tu no palácio do rei a limpar e a abrir portas”. A mulher lhe responde “Porque as portas que eu realmente queria já foram abertas e porque de hoje em diante só limparei barcos”<sup>85</sup>.

Deste modo, a primeira marinheira já estava escalada. Primeira e única uma vez que os outros homens “disseram que não há ilhas desconhecidas, e que, mesmo que as houvesse, não iriam eles tirar-se do sossego de seus lares e da boa vida dos barcos de carreira para se meterem em aventuras oceânicas, à procura de

---

<sup>81</sup> *Ibidem*. Trecho do diálogo retirado da página 18.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>85</sup> *Ibidem*. Trecho do diálogo retirado da página 31.

um impossível”.

A agora maruja encorajou-lhe a partir ainda que com a tripulação reduzida entoando lição aprendida com o filósofo do rei: “Dizia que todo homem era uma ilha”. Neste sentido, arremata interpretando “que é necessário sair da ilha para ver a ilha, que não nos vemos se não saímos de nós. Se não saímos de nós próprios(...)”<sup>86</sup>.

A primeira noite cai cobrindo os sonhos e esperanças daquele homem que possuía uma tripulação de uma só pessoa. Durante seu sono fantasia as aventuras que a sua caravela poderia proporcionar-lhe, singrando as águas do mar tormentoso, repleta de marinheiros e de expectativas. Nesta ilusão:

E a ilha desconhecida, perguntou o homem do leme, A ilha desconhecida é coisa que não existe, não passa duma idéia da tua cabeça, os geógrafos do rei foram ver nos mapas e declararam que ilhas por conhecer é coisa que se acabou desde há muito tempo, Deveis ter ficado na cidade, em lugar de vir atrapalhar-me a navegação, Andávamos a procura de um sítio melhor para viver e resolvemos aproveitar tua viagem, Não sois marinheiros, Nunca o fomos, Sozinho, não serei capaz de governar o barco, Pensastes nisso antes de ir pedi-lo ao rei, o mar não ensina a navegar.<sup>87</sup>

Após estes infaustos pensamentos:

acordou abraçado à mulher da limpeza, e ela a ele, confundidos os corpos, confundidos os beliches, que não se sabe se este é o de bombordo ou estibordo. Depois, mal o sol acabou de nascer, o homem e a mulher foram pintar na proa do barco, de um lado e de outro, em letras brancas, o nome que ainda faltava dar à caravela. Pela hora do meio-dia, com a maré, A Ilha Desconhecida fez-se enfim ao mar, à procura de si mesma.<sup>88</sup>

Assim exposto o itinerário traçado pelo homem do leme, entre seu sonho e vontade de buscar a ilha desconhecida e a efetivação deste por meio do instrumental – barco – fornecido pelo rei, este deverá nos servir de paradigma para a singela caminhada que também objetiva-se singrar.

É imperativo, destarte, buscar mecanismos de aproximação (“barco”) entre o discurso teórico e a proteção efetiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (nossa “ilha desconhecida”).

Bem como no conto de Saramago em que a idéia da ilha desconhecida se

---

<sup>86</sup> *Ibidem*. Trecho retirado da página 41.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 62. (sem grifo no original)

desvela em uma dúplici concepção: na esfera individual (dentro do homem) e na social (nos arquipélagos), a proteção dos direitos humanos e fundamentais também se desdobra neste dúplici viés: na ação individual como exercício de cidadania e na seara social por meio da doutrina, legislação e jurisprudência.

Em que pese a grande relevância que a atuação individual possua nesta matéria, seu estudo aqui não nos compete uma vez que as vicissitudes e motivações internas, racionais e irracionais de cada sujeito ficam além das possibilidades de análise da presente autora.

É justamente na dimensão coletiva que essa aproximação se edificará, com o intento de ruptura do conformismo e da monotonia das rotas e itinerários análogos já riscados pelos *geógrafos do reino*, no que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Nesta singra, tendo como horizonte a realização concreta desses direitos, faz-se necessária a atuação da doutrina, recolhendo também os frutos da legislação e da jurisprudência, em busca de instrumentos de aproximação do discurso jurídico e da prática efetiva – porto melhor para ancorarmos nossos sonhos e reflexões.

Eis o desafio que nos cabe para o porvir. Destarte, navegando pelas águas das narrativas emancipatórias anteriormente delineadas, é imperioso o repensar do instrumental teórico já disposto em matéria de direitos humanos e de direitos fundamentais (ou seja, o *barco* que nos foi 'legado') para então *lançarmo-nos ao mar* em busca da mitigação desse fosso abissal com a única certeza de que não existem soluções prontas a serem encontradas.

## PARTE II – 'O BARCO': A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Impende desenvolver agora alguns aspectos estruturantes da teoria constitucional dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Desse modo, apresentados os baldrames que conformam e dão sentido à presente reflexão uma vez que desvelam, através de vias (narrativas) emancipatórias, as inúmeras *ilhas desconhecidas* que existem no discurso jurídico tradicional, faz-se mister, nesse momento, refletir sobre diversos elementos de relevância teórica na temática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A análise da construção teórica dos direitos humanos e fundamentais é imperativa já que, como fez o homem do leme no conto do autor português José Saramago, conhecer e analisar o que nos é *dado* – barco – é etapa fundamental e necessária para a posterior análise do que se busca – a ilha desconhecida – e como a encontraremos – lançar-se ao mar.<sup>89</sup>

Consoante mostram os horizontes já suscitados anteriormente neste estudo, o trabalho aponta para o estudo da construção – doutrinária e jurisprudencial – acerca do tema. Neste diapasão, o objetivo dessa segunda etapa é percorrer a literatura em questão para explorar o(s) conceito(s), a(s) definição(ões)<sup>90</sup>, o(s)

---

<sup>89</sup> Esta dicotomia traz a colação as idéias de François Gény que, arrostando o pensamento positivo liberal, vislumbra o Direito não apenas como dado (lei), mas também como construído por meio da atuação hermenêutica criativa de seus operadores. Nesse sentido: "O Direito possui uma base de pressupostos, decorrentes da própria existência humana, naturais ou sociais ou ainda de outras naturezas (econômico, políticas etc.), que condicionam a nomogênese. É o dado (*donnet*). O legislador subordina os fatos por ele escolhidos como relevantes e determinantes para alcançar certos fins, construindo, portanto, o substrato normativo. É o construído (*le construit*). Não sendo possível ao juiz utilizar-se dos costumes e da analogia, deve o magistrado dirigir seus esforços para a livre pesquisa do Direito, tomando por referência os fatos sociais (o *donnet*). Para Geny, os fatos sociais trazem em si uma regra jurídica apropriada, que pode ser revelada através da análise de tais fatos. O intérprete pois, deve realizar o *le construit*." (CARMO, L. U. do. **Ensaio sobre a hermenêutica jurídica e suas funções**, p. 15. Disponível em: [www.socejur.com.br](http://www.socejur.com.br). Acesso em: ago. 2005).

<sup>90</sup> Consoante aforisma de Oscar Wild, "definir é limitar". No mesmo sentido assevera Aurélio Buarque de Holanda Ferreira quando afirma que *definição* é o ato de "1. determinar a extensão ou os limites de; limitar; demarcar; 2. Enunciar os atributos essenciais e específicos de (uma coisa), de modo que a torne inconfundível com outra". Por outro lado, para o mesmo autor, *conceito* "é a representação de um objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais". Tais idéias bem demonstram a distância de significado que estes signos guardam entre si. (**Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Nova Fronteira. 19ª edição).

fundamento(s) e as diversas dimensões dos direitos humanos e fundamentais que nos são dadas por uma grande diversidade doutrinária.

Na busca, todavia, de um aporte teórico constitucional coerente com a justiça material, a primeira barreira a ser superada é a extensão que a própria nomenclatura *direitos humanos* ou *direitos fundamentais* nos oferece.

Tendo em vista que “assume atualmente especial relevância a clarificação das expressões 'direitos fundamentais' e 'direitos humanos’”<sup>91</sup>, antes de adentrar especificamente na temática devida, é necessário atentar para a(s) relação(ões) entre estas duas searas.

Trata-se de questão de fundo que traz consigo importantes consequências e, por isso, deve ser analisada.

---

<sup>91</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 31.

## ADVERTÊNCIA METODOLÓGICA: *TODOS OS NOMES*<sup>92</sup> E UM SÓ SENTIDO?

A precisão da noção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é tema que emerge na atualidade com mais ênfase especialmente após a formação, intensificação e consolidação<sup>93</sup> da proteção, no plano internacional e reflexamente no plano interno, destes direitos.

De acordo com José Afonso da Silva<sup>94</sup> a busca de uma conceituação lacônica e abocada dessas suas categorias torna-se abstrusa levando em consideração a conjuntura plural e multifuncional na qual estão mergulhadas. Segundo o autor, com o desenrolar histórico cotidiano<sup>95</sup>, esta dificuldade cresce paulatinamente já que a própria nomenclatura não mais responde a um comando unitário, uma vez que se refere a *direitos fundamentais*, *direitos humanos*, *direitos do homem* entre diversos outros.

Para Sylvia Helena Steiner Malheiros, a partição doutrinária entre direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais é desnecessária já que revolve apenas acerca de aspectos terminológicos. Segundo a autora, a presente dicotomia possui raízes históricas bem delimitadas: "a idéia da universalidade dos direitos humanos surgiu quando reconhecida expressamente na declaração francesa de 1789. Ao contrário da declaração americana, que ganhava em concretude dos direitos apontados e perdia em abrangência, a declaração francesa tinha por destinatário o ser humano. Era mais abstrata em seus princípios, porém mais abrangente".<sup>96</sup>

A partir desta ordem de idéias a nota distintiva entre as duas categorias aqui tratadas repousa no binômio abstração/abrangência. Isto bem demonstra a

---

<sup>92</sup> A referência é feita ao livro de José Saramago, *Todos os nomes*, publicado no Brasil pela editora Companhia das Letras, 1997.

<sup>93</sup> Em que pese o sistema estar em constante evolução.

<sup>94</sup> SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 175.

<sup>95</sup> Todos os direitos são uma categoria histórica. Os direitos fundamentais são relacionados ao contexto histórico que lhes subjaz, são, portanto, temporalmente determinados, em âmbitos bem delimitados e que, então, só tem sentido dentro deles.

<sup>96</sup> MALHEIROS, S. H. S. A universalidade dos direitos humanos. *Revista do IBCCRIM*, São Paulo, n. 10, p. 144.

importância do esclarecimento desta zona nebulosa formada uma vez que não se reduz a mero preciosismo conceitualista, possuindo consequências relevantes no plano prático.

Em geral, a doutrina distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais tendo em consideração o alcance geográfico destes. Ou seja, a expressão *direitos humanos* é geralmente inserida no plano internacional, e *direitos fundamentais* é terminologia predileta no plano constitucional interno. Por sua vez, o emprego da locução *direitos do homem*<sup>97</sup> suscita, quiçá, menos indagações, uma vez que é refutada tomando em consideração sua base jusnaturalista. Para Bobbio “direitos do homem é uma expressão muito vaga”<sup>98</sup>.

Neste sentido, esclarece o Ingo Sarlet:

Cumpra traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões direitos do homem (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (...) A utilização da expressão 'direitos do homem', de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, procedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada como uma pré-história dos direitos fundamentais.<sup>99</sup>

Para Antonio Enrique Perez Luño a idéia dos direitos fundamentais destinados aos cidadãos de determinado Estado e dos direitos humanos dedicados a todos os homens sem distinção é inaceitável.

Deste modo, buscando uma diferenciação mais nítida, o Professor espanhol baseia a nota distintiva entre estas duas categorias no *grau de concreção positiva* que elas apresentam. Assim aduz:

*El termino 'derechos humanos' aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los 'derechos fundamentales'. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento*

---

<sup>97</sup> Não obstante a raiz marcadamente jusnaturalista, a expressão “direitos do homem” é amplamente empregada no cenário internacional, e.g., Declaração dos Direitos do Homem de 1948, o Instituto Internacional dos Direitos do Homem, fundado por René Cassin, situado em Strasbourg, entre outros.

<sup>98</sup> BOBBIO, N. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992, p. 17.

<sup>99</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 32.



*histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte dos casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.*<sup>100</sup>

Indo mais além, Perez Luño vincula a discussão em tela sob o enfoque da intensidade de imbricação entre os campos em debate e as necessidades humanas essenciais:

*Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenciones internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan solo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos limitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho.*<sup>101</sup>

Como forma de superar tais dificuldades alguns autores<sup>102</sup> adotaram o uso da fórmula *direitos humanos e fundamentais*. Conquanto esta denominação não espere as diferenças inexoráveis entre as duas categorias, aproxima-as sublinhando, sobretudo, a *fundamentalidade em sentido material*<sup>103</sup> desses direitos.

---

<sup>100</sup> “O termo *direitos humanos* aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção dos *direitos fundamentais*. Os direitos humanos podem ser compreendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Tanto que com a noção de direitos fundamentais tende a aludir a aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normatividade constitucional, e gozam de uma tutela reforçada”. (Tradução Livre) PÉREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 46-47.

<sup>101</sup> “Os direitos humanos combinam, ao seu significado descritivo daqueles direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e convenções internacionais, uma conotação prescritiva ou deontológica, ao abarcar também aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e que devendo ser objeto de positivação não o foram. Os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, já que tão somente descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo. Se trata sempre, portanto, de direitos limitados espacial e temporalmente, cuja denominação responde a seu caráter básico ou fundamentador do sistema jurídico político do Estado de Direito”. (Tradução Livre) *Ibidem*, loc. cit.

<sup>102</sup> Destacam-se neste elenco primeiramente o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho e mais recentemente o Professor Alexandre de Moraes.

<sup>103</sup> Expressão utilizada pelo Professor Ingo Sarlet à página 33 de sua obra antes citada.

O que fica claro é que, não obstante as inúmeras semelhanças entre ambas, há distinções entre os dois grupos não sendo estes reflexos recíprocos ou meros sinônimos. Consoante lição de K. Stern:

A falta de identidade entre o rol dos direitos humanos e o catálogo constitucional é, de certa forma, inevitável. Neste sentido há que frisar que nem todos os direitos constitucionais podem ser exercitados por qualquer pessoa, já que alguns direitos fundamentais se referem tão-somente aos cidadãos de determinado Estado.(...) Em contrapartida, os direitos humanos são atribuídos a qualquer um e não apenas aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual são também denominados de direitos de todos.<sup>104</sup>

Entretanto, em que pese as diferenças experienciadas em tais formulações, estas categorias são inequivocamente próximas e seus sentidos podem se somar, formando um corpo harmônico em busca de um desígnio comum que é a efetiva proteção da pessoa humana. Portanto, “não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas”<sup>105</sup>.

Destarte, há uma proximidade<sup>106</sup> cada vez maior destas duas dimensões tendo como fito a proteção efetiva da pessoa humana. Justamente por esta razão, reconhecendo e afirmando as particularidades existentes, faz-se necessário o acostamento das categorias comumente cognominadas *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.<sup>107</sup>

*Todos os nomes* reunidos não são maiores que os sujeitos por eles

---

<sup>104</sup> STERN, K. In: HBStR V, p. 35. *Apud*: SARLET, *op. cit.*, p. 34.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>106</sup> Este processo de aproximação e coesão vem sendo designado por parte da doutrina de direito constitucional internacional. Nesse sentido ver: CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997; PIOVESAN, F. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

<sup>107</sup> Em interlocução com o direito civil, a proteção efetiva dos direitos humanos, dos direitos fundamentais passa também pela reflexão sobre os nominados direitos da personalidade, pois, esta reclama tutela unitária que tenha seu cerne na dignidade da pessoa humana. Assim, afirma a professora Maria Celina Bodin de Moraes: “À identificação taxativa e ao desmembramento dos direitos da personalidade se opõe a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988.” (MORAES, M. C. B. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, V. **A nova família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 174).

designados. O esgrimir conceitos, ainda que seja teoricamente relevante, não pode nem deve obstar a realização dos fins a que os mecanismos protetivos se dispõem.

A implementação desses direitos já encontra em sua prática habitual diversos óbices a serem superados de modo que a bipartição conceitual parece-nos apenas mais uma barreira na via de implementação prática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Tendo a devida advertência sido feita, prosseguir-se-á na análise da teoria dos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO I – DIMENSÕES, CONCEITOS, FUNDAMENTO

Consoante o que a dificuldade de denominação espelha é impossível buscar na teoria dos direitos fundamentais um conceito uno que abarque todas as suas particularidades e sentidos. Todavia, isto não se coloca como problema dado que conceitos *a priori* geralmente acabam por engessar determinadas categorias e sua interlocução com a realidade.

Sem embargo, é a proximidade com os fatos sociais que dá alcance à força construtiva que nasce e se desenvolve na edificação histórico-cultural das expressões.

A historicidade do(s) direito(s) é inegável. Com o evoluir do tempo as idéias e o próprio(s) direito(s) vão se desenvolvendo, de acordo com os movimentos sociais. Assim sendo, é fundamental que o contexto espaço-temporal seja levado em conta, não sob um aspecto meramente cronológico, mas também crítico desse desenvolvimento.

Os direitos fundamentais não fogem à regra, pois, só tem sentido dentro de certos padrões conjunturais. Como tal, os direitos fundamentais nascem com a modernidade, influenciados pelo iluminismo e pelos pensamentos racionalista e contratualista que são a base ideológica da revolução burguesa. São, portanto, o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, segundo lição de Norberto Bobbio: "Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas".<sup>108</sup>

A utilização da expressão direitos fundamentais remonta à época da Revolução Francesa, cujo marco é a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

É justamente a partir do final do século XVIII que começam a florescer no

---

<sup>108</sup> BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

horizonte internacional as primeiras declarações de direitos, a exemplo da *Bill of Rights*, datada de 1776.<sup>109</sup>

A partir desta construção histórica, Perez Luño busca um conceito aproximativo dos direitos fundamentais quando afirma que: "*Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del estado de derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos*"<sup>110</sup>.

Tendo em vista este movimento dialético de evolução e desenvolvimento das noções que permeiam as idéias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que, teoricamente, convencionou-se pensar os direitos por meio de gerações.

Deste modo, a dita primeira geração de direitos possui cunho individualista, erigindo-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. São precisamente por isso direitos de defesa, circunscrevendo uma zona de não-intervenção do Estado, atuação negativa, e uma esfera máxima de liberdade individual em face da soberania estatal. Adquirem especial destaque os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Não se logrou, porém, com o uso desta fórmula, a consagração prática desses direitos para grande parte da população, então, a responsabilidade pela sua concretização, e conseqüente realização da justiça social, passa às mãos do Estado.

A reação aos limites dos direitos de cunho individualista e a necessidade de sua complementação marcam a transição de Estado Liberal ao Estado Social que consagrará a passagem da dita primeira à segunda geração de direitos.

A peculiaridade destes direitos repousa em sua dimensão de atuação estatal positiva uma vez que, nas palavras de Celso Lafer, tratam de propiciar um "direito de participar do bem-estar social"<sup>111</sup>. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

---

<sup>109</sup> Existem, entretanto, declarações anteriores que possuem especial relevância, v.g., a *Magna Charta* de 1215 e os tratados de paz de Augsburg e Westfalia de 1555 e 1648 respectivamente.

<sup>110</sup> PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 45.

<sup>111</sup> LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras,

Arremata Paulo Bonavides, ao afiançar que “estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram 'abraçados ao princípio da igualdade', entendida esta num sentido material”<sup>112</sup>.

Contemporaneamente o redimensionamento das relações inter-humanas, do homem com a natureza e as relações do homem com o seu meio incitam o (re)aparecimento de direitos que, em todo caso, adquiriram uma nova forma.

Os direitos da terceira dimensão - também denominados de direitos de fraternidade e de solidariedade – são singulares vez que seu pólo subjetivo desprende-se, em princípio, da figura do indivíduo, destinando-se à proteção de coletividades.<sup>113</sup>

Ainda, parcela da doutrina, capitaneada pelo Professor Paulo Bonavides, faz menção a uma quarta geração de direitos que surgem como resposta à globalização dos direitos fundamentais<sup>114</sup>. Segundo o Professor, os direitos componentes desta

1991, p. 127.

<sup>112</sup> (BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 517).

<sup>113</sup> Para Antonio Pérez Luño estes direitos são resposta à “poluição das liberdades”, que marca a erosão e degradação sofrida pelos direitos humanos e fundamentais, sobretudo com o uso de novas tecnologias. (*ibidem*, p. 41)

<sup>114</sup> “O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *status quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, de outro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.” (BONAVIDES. **Curso de direito** ..., p. 524).

Entretanto, para parcela da doutrina o processo de globalização dos direitos humanos não traz consigo benesses, conforme lição:

“El paso a un capitalismo global apunta a agravar el cuadro de esta crisis de los derechos humanos. Crisis entendida de varias maneras: primero, de ausencia de derechos para la mayoría de la población mundial; segundo, de los movimientos de derechos humanos que se enfrentan hoy en día, en su lucha por el derecho a la vida, a un poder de exclusión total, invisibilizado (ley Del valor) y protegido por la legislación; crisis de la institución llamada derechos humanos por eso mismo, por haberse convertido en institución, y ser vaciada de contenido por el uso del poder mundial que legitima políticas imperiales de muerte e intervención en su nombre; y finalmente crisis de la institución llamada derechos humanos por la emergencia del pensamiento cínico para el cual el derecho a la vida no es universal y por ende ningún otro derecho humano.” (GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p.

dimensão “compendiam o futuro da cidadania e o porvir das liberdades de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política”<sup>115</sup>.

Há, contudo, de se ter cautela ao tratar dos direitos humanos e fundamentais segmentados em dimensões<sup>116</sup>. Neste contexto é que Ingo Sarlet refere-se à *fantasia das chamadas gerações de direitos*, pois, “além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente expansão, cumulação e fortalecimento”<sup>117</sup>.

Em nosso modo de ver, tem efetiva razão de ser a crítica aí levada a efeito. Os direitos humanos e fundamentais realmente apenas podem ser apreendidos em uma perspectiva complementar da qual a idéia geracional não dá conta. Há de se (re)pensar a maneira pela qual a teoria constitucional tradicionalmente mirou estes direitos. Há ainda um grande caminho a ser percorrido quanto à implementação dos direitos mais básicos – ditos de primeira geração – haja vista que 800 milhões de pessoas no mundo de hoje passam fome.<sup>118</sup> Um passo adiante impende ser dado.

No sentido de superação desta clássica visão, fala-se, hodiernamente, na *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais.<sup>119</sup> A partir do pensamento de Georg

174-175).

<sup>115</sup> BONAVIDES. *Curso de direito* ..., p. 526.

Anota-se, neste ponto, que há quem já fale em direitos de 5ª dimensão, a exemplo de Gustavo Zagrebelsky. Para este autor nesta categoria trata-se da universalização de certos direitos como o direito à democracia, ao desenvolvimento e ao progresso social, direitos que seriam associados a uma idéia de um constitucionalismo global, de uma cidadania mundial.

<sup>116</sup> Dirime, o professor Paulo Bonavides, o que o mesmo denominou de *equivoco de linguagem*: “o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo.” (*ibidem*, p. 525).

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>118</sup> Dado divulgado pela Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), ligada à Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=9093>. Acesso em: ago. 2005.

<sup>119</sup> Nesse sentido ver: CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Jellinek são vislumbradas quatro diferentes situações jurídicas do indivíduo *vis a vis* com o Estado: *status subjectiones* (como sujeito de deveres); *status negativus* (esfera individual de não interferência estatal); *status civitatis* (necessidade da atuação estatal); e, por fim, *status activus* (possibilidade de participação ativa na formação da vontade estatal).

Complementa o Professor Joaquim Herrera Flores ao dizer que “*no hay generaciones de derechos, hay generaciones de problemas que nos obligan a ir adaptando y readaptando nuestros anhelos y necesidades a las nuevas problemáticas*”<sup>120</sup>.

Ainda, o esforço da sectarização geracional torna-se diminuto frente à multiconectividade dos próprios direitos tendo em vista que estes, de maior ou menor modo, em sua essência, refletem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que será adiante analisado.

Assim, é imperativo pensar os direitos humanos e fundamentais – como o todo plural que estes representam – conectado às noções de dignidade da pessoa humana, democracia e Estado de Direito que lhes servem, independente de qual dimensão se reportem, como escopo e baldrames.

Desta afirmação sublinha-se a íntima relação que os direitos fundamentais guardam, em última análise, com a idéia de democracia e Estado de Direito. Nesta toada, Bobbio reforça a ligação intrínseca que há entre os direitos do homem, o individualismo (neles contido) e a democracia:

Da concepção individualista da sociedade nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como faziam os antigos, isto é, como “poder do povo”, e sim como poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade.<sup>121</sup>

Neste sentido, elogiável a carta constitucional de 1988 uma vez que adotou

---

<sup>120</sup> “Não há gerações de direitos, há gerações de problemas que nos obrigam a ir adaptando e readaptando nossos anseios e necessidades às novas problemáticas.” (Tradução Livre) FLORES, J. H. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: \_\_\_\_\_[coord.]. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal*. Bilbao: Desclee, 2000. p. 44.

<sup>121</sup> BOBBIO. *A era ...*, p. 119.



um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais em seu artigo 5º, parágrafo 2º:

**§ 2º** Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim sendo, os direitos fundamentais possuem fonte constante de oxigenação que lhes permite pluralidade apenas encontrada em Estados de Direito verdadeiramente democráticos. Outrossim, afirma Ingo Sarlet:

o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, par 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.<sup>122</sup>

Essa é uma aproximação plural que encontra morada na Constituição de 1988 e é também afinada com aquela edificada por Robert Alexy quando afirma:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalmente em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalmente formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição Formal.<sup>123</sup>

Esse vínculo entre a dimensão material e o norte formal da Constituição se abre para uma compreensão mais ampliada dos direitos objetos dessa análise.

Aportando também dessa idéia (conceito) materialmente aberta de direitos humanos e fundamentais, Joaquim Herrera Flores nos fala da necessidade de uma nova perspectiva sobre estes direitos que seja *integradora, crítica e contextualizada*. Esclarece o professor espanhol:

---

<sup>122</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 81.

<sup>123</sup> ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad.: Ernesto Grazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 407.

*Nova em cuanto el contexto es nuevo: (...) el desafío se radica en defendernos de la avalancha ideológica de um neoliberalismo agresivo y destructor de las conquistas sociales. En los momentos actuales se ce preciso armarse de ideas y de conceptos que nos permitan avanzar en la lucha por la dignidad humana(...).*

*Integradora en cuanto que ya no podemos hablar sin rubor de dos clases de derechos humanos: los individuales y los sociales, económicos y culturales(...).*<sup>124</sup>

Nota-se, porém, que essas concepções dadas pela doutrina não se concentram na análise do fundamento material dos direitos fundamentais e dos humanos, porque nenhuma delas responde, se é que há resposta suficiente, a um conceito mínimo de direitos humanos e fundamentais, pois, de acordo com Ingo Sarlet, “um conceito satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta”<sup>125</sup>.

É da conexão com a realidade e sua diversidade que se está aqui a referir. Por meio desta inferência, pode-se concluir que não há – nem nunca haverá – um conceito aceitável para abraçar toda a complexidade da temática. Consoante lição do professor português Gomes Canotilho:

Em crise estão muitos 'vocábulos designantes' — 'Constituição', 'Estado', 'Lei', 'Democracia', 'Direitos Humanos', 'Soberania', 'Nação' —que acompanham, desde o início, a viagem do constitucionalismo. Começar o Curso por algumas dessas palavras viajantes significa não só apresentar aos alunos os core terms ('conceitos centrais') da nossa disciplina, mas também confrontá-los com os novos 'arquetipos', os novos 'discursos' e os novos 'mitos' do universo político.<sup>126</sup>

Em que pese a diversidade e complexidade da matéria, há, todavia, a necessidade de um núcleo central conformador de uma identidade mínima destes direitos, pois, para a construção uma teoria que perpassasse por todos é necessária amalgama que os una ao redor de um mesmo alicerce e finalidade.

A busca deste denominador comum, ou melhor, de fundamento dos direitos

---

<sup>124</sup> “Nova enquanto o contexto é novo: (...)o desafio se radica em defendernos da alavanca ideológica de um neoliberalismo agressivo e destrutivo das conquistas sociais. Nos momentos atuais é preciso amar-se de idéias e de conceitos que nos permitam avançar na luta pela dignidade humana.

Integradora enquanto que já não podemos falar sem rubor de duas classes de direitos humanos: individuais e sociais, econômicos e culturais (...)” (Tradução livre).FLORES, *op. cit.*, p. 43 e ss.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 12.

humanos e fundamentais seria, nas palavras de Joaquín Herrera Flores, “*descubrir el proceso a partir del cual nosotros podemos captar la esencia de los mismos; es decir, descubrir el proceso a partir del cuál los seres humanos dotamos de sentido a nuestras exigencias, necesidades y valoraciones más genéricas*”<sup>127</sup>.

O elemento aglutinador é, neste caso, um fundamento que atrele todos os direitos em questão ao que Robert Alexy convencionou chamar de *nota de fundamentalidade*<sup>128</sup>. Ou seja, em que pese a pluralidade que impera na matéria, todos os direitos humanos e fundamentais são jungidos pela característica de serem fundamentais, em maior ou menor sentido.

Destarte, não obstante os direitos humanos e fundamentais dividirem, em parte, um alicerce comum não há – justamente pela multiplicidade e heterogeneidade acima destacada – um fundamento universal ou absoluto destes.

Conforme afirma Norberto Bobbio a *ilusão do fundamento absoluto* “foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-as diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito mais frágil”<sup>129</sup>.

Levando em consideração que, de acordo com o acima exposto, os direitos humanos e fundamentais são categorias que apenas fazem sentido se determinadas histórica e temporalmente, não é logicamente possível atribuir-lhes um fundamento absoluto e puro. É exatamente neste *nó* que se constitui a denominada *teoria impura dos direitos humanos*<sup>130</sup> que leva em consideração o lugar concreto a partir do qual este conjunto de idéias é pensado.

Todavia, refuta Ingo Sarlet, “não há como desconsiderar a existência de categorias universais”<sup>131</sup> e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade, tais

---

<sup>127</sup> “Descobrir o processo pelo qual nós podemos captar nossa própria essência, é dizer, descobrir o processo a partir do qual nós, seres humanos, damos sentido a nossas exigências, necessidades e valorações mais genéricas”. (Tradução livre). FLORES, J. H. La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest. In: PRIETO, F.; THEOTÓNIO, V. [directores]. **Los derechos humanos: una reflexión interdisciplinar**. Córdoba: ETEA, 1995. p. 27.

<sup>128</sup> ALEXY, R. *Apud*: CANOTILHO, *op. cit.*, p. 509.

<sup>129</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>130</sup> Expressão cunhada pelo Professor Joaquim Herrera Flores.

<sup>131</sup> Acerca dessa idéia universal dos direitos humanos afirma Boaventura de Sousa Santos: “É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Actualmente são

consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o inter-americano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefacto cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Ainda que todas as culturas tendam a definir os seus valores mais importantes como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental. O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres. Uma vez que todos estes pressupostos são claramente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana em outras culturas, haverá que averiguar as razões pelas quais a universalidade se transformou numa das características marcantes dos direitos humanos. Tudo leva a crer que a universalidade sociológica da questão da universalidade dos direitos humanos se tenha sobreposto à sua universalidade filosófica. A marca ocidental, ou melhor, ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única excepção do direito colectivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos económicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito económico. (...) Em todo o mundo muitos milhares de pessoas e de organizações não-governamentais têm vindo a lutar pelos direitos humanos, muitas vezes correndo grandes riscos, em defesa de classes sociais e grupos oprimidos, vitimizados por Estados autoritários e por práticas económicas excludentes ou por práticas políticas e culturais discriminatórias. Os objectivos políticos de tais lutas são emancipatórios e por vezes explícita ou implicitamente anticapitalistas. Isto quer dizer que, paralelamente aos discursos e práticas que fazem dos direitos humanos um localismo globalizado, têm vindo a desenvolver-se discursos e práticas contra-hegemónicos que, além de verem nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão independente de condições geo-estratégicas, avançam propostas de concepções não-ocidentais de direitos humanos e organizam diálogos interculturais sobre os direitos humanos e outros princípios de dignidade humana. À luz destes desenvolvimentos, creio que a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceptualização e a prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projecto cosmopolita.”(SANTOS, B. de S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, C. A. [coord.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 250-253).

Nesta mesma toada, o Professor Carlos Frederico Marés cunhou a ideia de *universalidade relativa ou parcial* dos direitos humanos. Consoante assevera: “a ideia da universalidade dos direitos humanos continua presente, não apenas na formulação explícita da Declaração de 1946, mas nos textos das diversas Constituições surgidas a partir de então, mas mais ainda do que isto, no fundo do pensamento dos juristas que as interpretam. Estes juristas acreditam existir um conjunto de “conquistas civilizatórias” que integram os princípios normativos, cogentes e imperativos, das Constituições, ainda que não explícitos. Entre estas conquistas estariam, certamente, os direitos humanos. Se tomássemos a liberdade de traduzir as concepções de Las Casas para institutos jurídicos modernos, despidos do direito natural e da teologia, talvez pudéssemos dizer que a universalidade consiste, exatamente, em cada povo construir seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições. Quer dizer não existem direitos humanos universais, mas existe um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos com única limitação de não violar os direitos humanos dos outros povos. A universalidade, assim formulada, está muito longe daquela proposta pela Declaração de 1946 e traduzida juridicamente nas nossas Constituições atuais, porque estas são na verdade princípios civilizatórios impostos para todas as culturas. (...) O único princípio universal pensável é a liberdade que possibilita cada povo viver segundo seus usos e costumes e transformá-los, quando desejável e necessário, em Constituições rígidas, após inventar

como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana”<sup>132</sup>. Mesmo estes axiomas, entretanto, apenas podem ser vistos sob as lentes de determinados contextos espaço-temporal.

De acordo com Joaquim Herrera Flores “*los derechos humanos son algo más que dichas declaraciones y pactos. Son el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana*”<sup>133</sup>.

É neste diapasão que se esboça a possibilidade/necessidade de fundamentação alternativa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais situada sobre uma base histórica e dialética.<sup>134</sup> Consoante sublinha o autor supracitado a importância deste outro baseamento reside em mirar esses direitos como realidades dinâmicas e históricas influenciadas pelo contexto espaço-temporal no qual estão situados. Seriam, assim, uma idéia viva que não pode ser apreendida apenas pelo

---

sua própria forma estatal de organização”. (MARÉS, C. F. S. **A universalidade parcial dos direitos humanos**. Este trabalho foi preparado originalmente para um Seminário em Quito, Equador, organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos, em outubro de 1994. O trabalho foi publicado em espanhol na série documentos de ILSA, Bogotá. Corrigido para o Seminário Internacional “Ciência, cientistas e tolerância”).

A doutrina constitucional, entretanto, não absorveu esta ordem de idéias e prossegue asseverando a existência de uma universalidade. Para Paulo Bonavides vivemos uma *nova universalidade* dos direitos humanos, conforme explicita: “Os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade — direitos civis e políticos — no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais. A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade. Foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948 quanto o de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal. A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da triplíce geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.” (BONAVIDES. **Curso de direito** ..., p. 526-527).

<sup>132</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 80.

<sup>133</sup> “os direitos humanos são algo a mais que tais declarações e pactos. São o conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.” (Tradução livre). *Ibidem*, p. iv.

<sup>134</sup> FLORES. **La fundamentación** ..., p. 43.

*locus* textual normativo.<sup>135</sup>

Ciente de que os direitos fundamentais, e por consequência os direitos humanos, são um construído e não um dado – seja da própria natureza intrínseca do homem, consoante afirma a teoria jusnaturalista, ou seja da ordem normativa, conforme afirmam os positivistas – Perez Luño nos propõe uma visão *alternativa* da teoria dos direitos humanos, a saber:

*La tesis iusnaturalista, por su marcada significación idealista y ahistórica; la positivista porque con su agnosticismo axiológico desconoce que los derechos humanos son el resultado de un largo esfuerzo histórico por la liberación humana, así como porque su formalismo le impide comprender que la lucha por los derechos humanos no se culmina con su recepción jurídico-positivista, sino con su plena realización en el seno de las relaciones sociales.*

*Frente a estas concepciones, la posición alternativa considera los derechos fundamentales como el producto de las exigencias del hombre histórico, que obedecen a una determinada praxis social, económica y cultural, y que tienen como soporte las relaciones de poder existentes en el seno de la sociedad y como meta la lucha por la emancipación.*<sup>136</sup>

Portanto, mesmo não havendo um conceito fechado determinante dos direitos humanos e fundamentais, ou ainda um fundamento consensual destes, nota-se que todos convergem distintamente à idéia da dignidade da pessoa humana. E tal percepção tem caráter essencial na perspectiva emancipatória dos mecanismos da instância jurídica, uma vez que não são, em si mesmos, fins que se fecham e sim possibilidades que se abrem para a concretização de direitos, centrados na igualdade, na liberdade, na justiça e no pluralismo.

No *princípio-fundamento* (art. 1º, par. 3º) da dignidade da pessoa humana – que será analisado na sequência – reside, ao nosso ver, o cerne dos direitos materialmente fundamentais já que todos

---

<sup>135</sup> Para uma maior compreensão do fundamento dialético dos direitos humanos bem como da *historicización* destes ver: ELLACURÍA, I. **Los derechos humanos fundamentales y su limitación legal y política**. San Salvador: UCA, 1969.

<sup>136</sup> “A tese jusnaturalista, pela sua marcada significação idealista e ahistórica; a positivista porque com seu agnosticismo axiológico desconhece que os direitos humanos são resultado de um longo esforço histórico pela liberação humana. Assim como porque seu formalismo o impede de compreender que a luta pelos direitos humanos não se culmina com sua recepção jurídico-positivista, senão com sua plena realização no seio das relações sociais.

Frente a estas concepções, a posição alternativa considera os direitos fundamentais como o produto das exigências do homem histórico, que obedecem a uma determinada práxis social, econômica e cultural, e que têm como suporte as relações de poder existentes no seio da sociedade e como meta a luta pela emancipação.” (Tradução livre). PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 127.

estes respondem, em maior ou menor grau, à concretização desta.

## **CAPÍTULO II – A QUESTÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Expostas as linhas anteriores acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, nota-se que no campo doutrinário podem florescer mais dúvidas do que pontos finais. Nada obstante, uma das certezas que se pode extrair é a pluralidade que impera na matéria.

Por mais distintos que os enunciados dos direitos humanos e fundamentais se apresentem, de acordo com o exposto no capítulo anterior, estes ainda guardam uma relação entre si e consequentemente com os princípios fundantes do Estado de Direito. Pontua Ingo Sarlet ao dizer:

(...) a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição de outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.<sup>137</sup>

Desponta, deste modo, a dignidade da pessoa humana como um *conteúdo comum*<sup>138</sup> a todos os direitos humanos e fundamentais. Todavia, o papel do *princípio-fundamento* enunciado no artigo 1º, par. 3º da Constituição Federal cumpre papel maior, pois “além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos”<sup>139</sup>.

Como bem destaca Jorge Miranda, “os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de

---

<sup>137</sup> SARLET, I. W. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28.

<sup>138</sup> Expressão utilizada por José Carlos Vieira de Andrade em sua obra **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 83.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 97.



alguma forma à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas”<sup>140</sup>. De tal modo, todos os direitos fundamentais guardam, com modos de intensidade diverso, reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de José Afonso da Silva este princípio “atraí o conteúdo de todos os direitos fundamentais”<sup>141</sup>.

Torna-se, assim, indissociável a idéia de direitos fundamentais daquela acerca da dignidade da pessoa humana<sup>142</sup> não apenas por figurar como *elemento referencial* daqueles, mas também, porque todos os direitos materialmente fundamentais são *exigências de concretização* daquele princípio.

A relevância que o princípio fundamento da República possui para os direitos fundamentais não fica adstrita ao plano interno já que, a Resolução n.º 41/120 da Assembléia Geral da ONU, em 1987, reconheceu dentre as linhas mestras para a fixação de novos *standards-settings* no que diz respeito aos direitos humanos “*the fundamental character and derive from the inherent dignity and worth of the human person*”<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> MIRANDA, J. *Apud*: SARLET. **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 82.

<sup>141</sup> SILVA, J. A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 93-107, 1998.

<sup>142</sup> Importante ressalva levantada pelo Professor Ingo Sarlet ao ponderar que “a tese de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana não se identifica (não se confunde), pelo menos não necessariamente, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais tem prevalecido e é também por nós acolhida, seja pelo fato de estarmos convencidos que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial (já que é vedada sua abolição), seja pela circunstância de que – na esteira do que sustenta a doutrina majoritária – tal garantia restaria esvaziada em se aceitando uma identidade absoluta com o conteúdo em dignidade. Neste contexto, cumpre lembrar que, muito embora, não tenhamos na constituição de 1988, uma garantia expressa da proteção do núcleo essencial contra restrições legislativas, doutrina e jurisprudência tem reconhecido tal garantia, que, de resto, decorre da violação expressa da abolição efetiva e tendencial dos direitos fundamentais pelo poder de reforma constitucional.” (SARLET, I. W. **A dignidade da pessoa humana**..., p. 177).

Entretanto, arremata: “De qualquer modo, entendemos ser possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos humanos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana.” (SARLET. **A eficácia** ..., p. 115).

<sup>143</sup> “o caráter fundamental e derivado da dignidade e valor inerentes da pessoa humana.”(Tradução livre).

A este respeito:

“A/RES/41/120. 4 December 1986. 97th plenary meeting.

Setting international standards in the field of human rights

The General Assembly,

Recalling the extensive network of international standards in the field of human rights, which it and the United Nations bodies, including the specialized agencies, have established,

Emphasizing the primacy of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in this network,

Neste diapasão, delineada a relação intrínseca entre os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, torna-se necessário destrinchá-la já que o conteúdo de todos os direitos fundamentais encontra nela sua vertente.

## SEÇÃO I – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana possui vida recente na história da formação jurídica brasileira vez que o texto constitucional de 1988<sup>144</sup> foi o primeiro *locus*, na história do constitucionalismo brasileiro, de sua positivação

---

*Reaffirming that effective implementation of these international standards is of fundamental importance,*

*Recognizing the value of continuing efforts to identify specific areas where further international action is required to develop the existing international legal framework in the field of human rights pursuant to Article 13, paragraph 1 a, of the Charter of the United Nations,*

*Recognizing also that standard setting should proceed with adequate preparation,*

*Emphasizing that the standard setting activities of the United Nations should be as effective and efficient as possible,*

1. *Calls upon Member States and United Nations bodies to accord priority to the implementation of existing international standards in the field of human rights and urges broad ratification of, or accession to, existing treaties in this field;*

2. *Urges Member States and United Nations bodies engaged in developing new international human rights standards to give due consideration in this work to the established international legal framework;*

3. *Reaffirms the important role of the Commission on Human Rights, among other appropriate United Nations bodies, in the development of international instruments in the field of human rights;*

4. *Invites Member States and United Nations bodies to bear in mind the following guidelines in developing international instruments in the field of human rights; such instruments should, inter alia:*

*(a) Be consistent with the existing body of international human rights law;*

*(b) Be of fundamental character and derive from the **inherent dignity** and worth of the human person;*

*(c) Be sufficiently precise to give rise to identifiable and practicable rights and obligations;*

*(d) Provide, where appropriate, realistic and effective implementation machinery, including reporting systems;*

*(e) Attract broad international support;*

5. *Requests the Secretary-General to provide appropriate specialized support to United Nations bodies working on standard setting in the field of human rights.”* (grifo nosso)

<sup>144</sup> “A Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema. Apesar disso, e embora seja possível identificar, de todas as normas constitucionais apresentadas, várias regras – como a que dispõe a respeito da educação fundamental obrigatória e gratuita –, boa parte delas assume a forma de princípios ou subprincípios, cuja característica, como já mencionado, é indeterminação maior ou menor, dos efeitos ou fins que pretendem atingir (...).” (BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191). Sobre a efetividade dessas normas ver parte II, capítulo I.

expressa. Na esfera internacional foi somente após o fim da segunda grande guerra que a concepção contemporânea da intangibilidade da dignidade da pessoa humana veio a consolidar-se.

Em que pese seu reconhecimento tardio pelo legislador pátrio, o nascimento das idéias acerca do valor inerente ao ser humano, ou seja, sua dignidade intrínseca, tem suas raízes fincadas no pensamento clássico e na doutrina cristã.<sup>145</sup>

Na antigüidade clássica, de acordo com Ingo Sarlet, “verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade”<sup>146</sup>.

Após este momento, com o estoicismo, a dignidade, refletida a partir de diferentes bases, aponta como valor distintivo do homem em face às outras criaturas. Neste diapasão, retrata Fabio Konder Comparato<sup>147</sup>, a importância da noção de pessoa humana e sua dignidade.

Todavia, foi no medievo, por meio do pensamento de São Tomás de Aquino, que o germen da idéia de dignidade da pessoa humana abrolhou. De fato, anota Klaus Stern, foi este quem pela primeira vez cunhou a expressão *dignitas humana*. Eis a idéia que vigorava no pensamento escolástico:

(...) a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina.<sup>148</sup>

Foi, todavia, com o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista, nos

---

<sup>145</sup> Sublinha-se, neste ponto, interessante passagem: “A mensagem divulgada por Jesus Cristo e seus seguidores representou um ponto de inflexão no mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal. Mais que isso, a mensagem de Cristo enfatizava não apenas o indivíduo em si, mas também o valor do outro (...)”. (*ibidem*, p. 105).

<sup>146</sup> SARLET. **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 30.

<sup>147</sup> COMPARATO, F. K. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11.

<sup>148</sup> MORAES, M. C. B. de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110.

séculos XVII e XVIII, que as idéias acerca da dignidade da pessoa humana ganham maior destaque. Assim, especialmente por meio das idéias de Samuel Pufendorf<sup>149</sup> e Immanuel Kant, o princípio da dignidade da pessoa humana é difundido a partir de uma perspectiva racional e laica.

O jusfilósofo alemão parte, em seus imperativos categóricos universais, de uma concepção exclusiva e teleológica acerca do ser humano para fundamentar a idéia de *dignitas*. Afirma, a propósito: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”.<sup>150</sup>

Para Kant, o homem não pode ser utilizado como meio para obter determinados fins, pois, possui um valor intrínseco - sua dignidade - que não admite ser substituído por quaisquer equivalentes. Dessa maneira, “os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fim em si mesmos”<sup>151</sup>.

Em que pese o grande florescimento teórico, esta bagagem acerca do princípio da dignidade da pessoa humana é recepcionada tardiamente pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos<sup>152</sup>.

De acordo com Flávia Piovesan<sup>153</sup>, o período da segunda grande guerra mundial, suas causas e conseqüências, representaram o *rompimento fático* com relação aos direitos humanos.<sup>154</sup> Destarte, durante o pós-guerra começa a se

<sup>149</sup> Para Pufendorf a idéia de dignidade da pessoa humana era conectada à “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção”. (In: PUFENDORF, S. *Apud*. SARLET. **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 32).

<sup>150</sup> KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: **Crítica da Razão Pura e outros Textos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 229.

<sup>151</sup> SARLET, I. W. **A dignidade da pessoa humana** ..., p. 33.

<sup>152</sup> Conforme anteriormente exposto, o texto constitucional brasileiro, atrasado em relação a esta nova ordem, apenas abraçou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamento da República em 1988. Antes deste, assim o fez a Lei Fundamental Alemã (Grundgesetz) em 1949; a Constituição Portuguesa, em 1976 e a Constituição Espanhola em 1978.

<sup>153</sup> PIOVESAN, F.; VIEIRA, R. S. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

<sup>154</sup> Hannah Arendt mostra, neste diapasão, que a idéia dos direitos humanos (e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana) foi tão profundamente negada durante o período da segunda guerra que as próprias vítimas perderam boa parte da compreensão destes. Relata, assim, prática corriqueira nos *guetos* judaicos em que haviam trocas de judeus mais destacados ou influentes por judeus ordinários, cria-se, assim, uma hierarquia axiológica inter-

delinear uma perspectiva (*esperança*) de reconstrução destes. Nesse sentido expõe Fábio Konder Comparato:

Após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.<sup>155</sup>

É esta conjuntura que fornece o alicerce fático, no âmbito do Direito Internacional, para que se esboce um sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos. A criação da Organização das Nações Unidas<sup>156</sup> e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 são baldrames dessa nova etapa internacional protetiva. Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem sedimenta o princípio da dignidade da pessoa humana:

Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade.

Reflexa e concomitantemente, nos sistemas constitucionais ocidentais,

---

subjetiva. (ARENDDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: um retrato sob a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999).

<sup>155</sup> COMPARATO, *op. cit.*, p. 54.

<sup>156</sup> A Organização das Nações Unidas surge no cenário internacional a partir da Carta de São Francisco, datada de 1945, que contém, entre as suas disposições, destaque ao papel da dignidade da pessoa humana. A propósito o preâmbulo do documento assevera: NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E PARA TAIS FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

abroham textos constitucionais abertos, dotados de elevada carga axiológica<sup>157</sup>. Estas densas alterações ensejaram uma reconstrução basilar da idéia e percepção do próprio ramo constitucional<sup>158</sup> e do papel da Constituição<sup>159</sup>, cujo melhor exemplo é a centralidade e fundamentalidade conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha “a dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência um direito pré-estatal”.<sup>160</sup>

Prossegue a autora asseverando que este princípio “existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam

---

<sup>157</sup> “Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (Alemanha, Portugal e Espanha, e.g., em suas novas Cartas; a Bélgica tratou o tema através de uma emenda à Constituição), juridicizando, com *estatura constitucional*, o tema.” (BARCELLOS, *op. cit.*, p. 109). Para aprofundamento da temática acerca da mudança constitucional portuguesa ver: CANOTILHO, J. J. G. **Curso de direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. Acerca da reformulação alemã: HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

<sup>158</sup> É a partir destas mutações que passa o Direito Constitucional a ser compreendido como o referencial de justiça de uma nação uma vez que se apresenta como o principal garantidor dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, esclarece-nos Flávia PIOVESAN (**A força normativa** ..., p. 355).

<sup>159</sup> Ver, neste diapasão, para maior desenvolvimento do tema: PIOVESAN; VIEIRA (*op. cit.*, a partir da página 355), quando afirma que os princípios fundamentais passam a expor, desta maneira, o núcleo da Constituição – fonte maior da força normativa em um ordenamento – e, por consequência, a moldura de todo o cenário jurídico adjacente.

Neste influxo subscrevemos a lição do professor Canotilho que afirma que “o direito do Estado Democrático de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios”. (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 226).

É a própria carta constitucional que confere aos princípios esta irrefutável preponderância como diretriz do ordenamento, exigindo da ordem normativa sintonia necessária com estes. Compartilhamos, então, da visão do Professor Celso A. Bandeira de Melo, segundo o qual: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome do sistema jurídico positivo”. (BANDEIRA DE MELO, C. A. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 66)

<sup>160</sup> ROCHA, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: PALESTRA NA XVII CONFERÊNCIA DA OAB. Rio de Janeiro, 29 ago./2 set. 1999.

que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado”.<sup>161</sup> Pelas razões expostas, assegura a professora que a dignidade da pessoa humana figura como um *superprincípio constitucional*.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana avulta no ordenamento jurídico constitucional a partir da sua centralidade que privilegia a posição do sujeito concreto e suas necessidades, passando a incidir de forma especial e diversa sobre os demais princípios constitucionais.

Contudo, parcela expressiva da doutrina refuta o princípio da dignidade da pessoa humana como valor palpável, recepcionado pelo ordenamento jurídico porque este não possuiria uma aplicabilidade concreta. Nesta toada, aduz Rizzatto Nunes que a dignidade da pessoa humana<sup>162</sup> é um conceito por demais abstrato, devendo apenas servir de base para a aplicação de outros princípios fundamentais.

Consoante afirmou Luís Roberto Barroso, à época da promulgação da Constituição: “Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica.”<sup>163</sup>

A visão do conteúdo da dignidade da pessoa humana, como uma concepção puramente abstrata, mostra-se apoucada e restrita. Não obstante as origens de sua fundamentação teórica remontem ao jusnaturalismo e racionalismo kantiano, a dignidade da pessoa humana é noção edificada no decurso histórico, e é significativa que tem seu significado temporalmente marcado, dependente de considerações conjunturais.<sup>164</sup>

A inserção espaço-temporal do conteúdo formador do princípio não é nem pode ser apta a negar aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. De modo especial, essa negativa é, em nosso ver, criticável quando, para contrapor as

---

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> RIZZATTO NUNES, L. A. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>163</sup> BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 296.

<sup>164</sup> Afastam-se as concepções jusnaturalistas da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, dos Direitos Humanos e Fundamentais. Ver, nesse sentido: SALDANHA, N. Direitos humanos: considerações históricas – Críticas. In: MELLO, C. D. A.; TORRES, R. L. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

possibilidades de concretização de direitos por meio de tal princípio, realçam o seu viés ideal, pré-constituído e perenemente válido. Sem prejuízo da crítica que é importante para evitar ilusões teóricas, afastar a incidência permanente do princípio é recusar a evolução e transformação dos conceitos (jurídicos) de acordo com a evolução histórica.<sup>165</sup>

Lúcida a reflexão que aponta neste sentido:

(...) tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam a dignidade ser um atributo exclusivo da pessoa humana, encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam, que a pessoa humana, em função de sua racionalidade, ocupa lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. (...) De qualquer modo, incensurável, isto sim – como teremos a oportunidade de demonstrar no próximo segmento –, é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.<sup>166</sup>

Afastando-se desta ordem de idéias, prossegue Ingo Sarlet ao demonstrar o caráter material do princípio em questão ao conceituá-lo como:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>167</sup>

A concretude e auto-aplicabilidade da dignidade humana são também sublinhadas pelo cognominado *paradigma da vida concreta de cada sujeito*, enunciado a partir de uma visão diferenciada dos paradigmas jusfilosóficos.<sup>168</sup>

Em consonância com esta ordem de idéias, a condição de possibilidade de

---

<sup>165</sup> Registre-se a lição de Gomes Canotilho: “Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito ‘fixista’ filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido cristão e/ou cristológico, em sentido humanista-iluminista, em sentido marxista, em sentido sistêmico, em sentido behaviorista)”. (CANOTILHO. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 363).

<sup>166</sup> SARLET, I. W. **A dignidade da pessoa humana...**, p. 35.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>168</sup> DUSSEL, E. **Ética da libertação** - na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.



(co)existência repousa na própria vida. De tal modo, a vida passa da condição de direito fundamental juridicamente reconhecido para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. A vida humana - que, para assim ser compreendida, deve ser impreterivelmente digna - é mirada a partir de seu substrato material (biológico), como experiência palpável que não se limita a um plano metafísico, haja vista sua essência concreta (física e biológica).<sup>169</sup>

A partir dessas premissas, como idéia plurívoca, material e aberta é impraticável “reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana”<sup>170</sup>. Assim sendo, as reflexões acerca da dignidade devem ser miradas *in casu* sob pena de recair em mero abstracionismo que inviabilize sua aplicação prática.

Consubstanciada nesse pensamento, a doutrina busca, entretanto, delimitar, em linhas gerais, os pilares fundantes que conformam o pensamento hodierno de dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Aria Paula de Barcellos:

não é necessário, portanto, determinar todo o conteúdo do princípio ou todas as suas pretensões, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana contém, de fato, um campo livre para deliberação política. É possível e fundamental, todavia, apurar este núcleo mínimo e efeitos pretendidos, de modo a maximizar a normatividade do princípio pela identificação do espaço de aplicação da eficácia positiva ou simétrica.<sup>171</sup>

Prossegue a autora afirmando que “há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada da mesma forma como as regras o são”<sup>172</sup>.

No que diz respeito à implementação prática do princípio da dignidade em face do ordenamento jurídico, para Robert Alexy, desdobra-se em uma dupla feição: de princípio e regra. Seu aspecto principiológico avulta, pois, “a norma consagradora

---

<sup>169</sup> MATURANA; VARELA, *op. cit.*

<sup>170</sup> De acordo com Ingo Sarlet é apenas no caso concreto que devem ser verificadas as violações em face à dignidade da pessoa humana. (SARLET. *A eficácia ...*, p. 107).

<sup>171</sup> BARCELLOS, *op. cit.*, p. 253.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 194.

da dignidade da pessoa revela uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais”, todavia, como as regras, tende a “não admitir uma ponderação no sentido de uma colisão entre princípios”.<sup>173</sup>

Na busca desta mínima definição faz-se importante a advertência de Peter Häberle<sup>174</sup>, enforçada pelos ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos<sup>175</sup>, no que diz respeito ao contexto cultural da dignidade da pessoa humana<sup>176</sup>. Em verdade, “ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade”<sup>177</sup>.

Neste controverso terreno emergem mais pontos de interrogação do que pontos finais que, pelas limitações do trabalho em questão, não podem ser analisadas com a devida intensidade. Destarte, subscreve-se a instigação de Ingo Sarlet: “Com efeito, é de se perguntar até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade, são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que para determinados povos são tidos como legítimos. Esta é, sem dúvida, apenas mais uma das questões que aqui deixaremos em aberto”<sup>178</sup>.

Constata-se que a formulação kantiana da liberdade individual (autodeterminação) ainda ocupa o conteúdo objetivo do princípio da dignidade da pessoa humana, todavia, não se restringe a ele. Conforme aponta Ana Paula de Barcellos: “Interessantemente, e nada obstante os vários retrocessos históricos, a concepção kantiana de homem continua a valer como axioma no mundo ocidental, ainda que a ela se tenham agregado novas preocupações, como a tutela coletiva

---

<sup>173</sup> SARLET, I. W. **A dignidade da pessoa humana...**, p. 75.

<sup>174</sup> Apud: *ibidem*, p. 46.

<sup>175</sup> SANTOS, *op. cit.*

<sup>176</sup> “Há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no sentido de uma qualidade inata), na medida que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente.” (SARLET. **Eficácia dos direitos** ..., p. 105). Neste sentido ver: P. Häberle, G. Dürig, H. C. Nipperdey.

<sup>177</sup> SARLET, I. W. **A dignidade da pessoa humana...**, p. 56.

<sup>178</sup> *Id.* **A eficácia dos direitos** ..., p. 107.

dos interesses individuais e a verificação da existência de condições materiais indispensáveis para o exercício da liberdade”.

Na esteira desta superação da percepção meramente individualista do princípio de feitiço kantiano, parcela da doutrina na qual se destaca, neste ponto, Perez Luño e Maihofer, enfatiza o *aspecto comunitário* da dignidade da pessoa humana. Deste modo, a concepção de dignidade da pessoa humana cambia seu foco: não apenas em função do indivíduo singular, mas das relações deste com os demais (*intersubjetiva*).<sup>179</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet a base da idéia de dignidade da pessoa humana se dá em um plano quadripartite alicerçada nos direitos à integridade física, à isonomia, à proteção da vida e ao resguardo da intimidade. Afirma este autor que “não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana”<sup>180</sup>.

Maria Celina Bodin de Moraes, nesse sentido, ancorou a essência material da dignidade da pessoa humana em quatro desdobramentos: “(i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”.<sup>181</sup>

A dignidade da pessoa humana que sustenta, agrega e encentra o sistema constitucional ao redor de seu conteúdo fundamental: direito à igualdade material, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade<sup>182</sup>. São nesses baldrames materiais que os princípios fundamentais deparam o fundamento concreto para sua afirmação prática.

---

<sup>179</sup> Neste influxo, ver: PÉREZ LUÑO, A. E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>182</sup> “(...) sem uma consciência generalizada da alteridade (...) não há como garantir-lhes (aos direitos fundamentais) eficácia, passe o truísmo, pois, essa não é somente vertical – válida somente contra o Estado – mas é também horizontal – válida ainda quando lhe opuserem circunstâncias episódicas próprias das crises que está sujeito o chamado livre mercado”. (AFONSIN, J. T. Dos nós de uma lei e de um mercado que prendem e excluem aos nós de uma justiça que liberta. In: DORA, D. D. **Direito e mudança social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333).

De acordo com Ana Paula de Barcellos, a tangibilidade material do princípio da dignidade repousa sob o denominado *mínimo existencial*. Para a autora:

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis a existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (...) Em suma: mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.<sup>183</sup>

Da mesma maneira, este *mínimo fundamental*, ou melhor, o núcleo da dignidade da pessoa humana cinge-se em quatro elementos principais – três materiais e um instrumental: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.

Exposta a materialidade necessária para a garantia da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, fazem-se necessários os ensinamentos erigidos por Flávia Piovesan para quem “resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, dando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade da pessoa humana – porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.”<sup>184</sup>

É justamente nesta busca pela efetividade que o princípio da dignidade da pessoa humana atua de modo bifronte: na garantia de um espaço de autonomia individual (aquilo que Kant chamara de autodeterminação) e também no imperativo do atendimento das necessidades humanas essenciais, envolvendo aí a ação Estatal ou atuação coletiva.

Nesta toada, argumenta Jorge Miranda, é a dignidade da pessoa humana alicerce de uma “concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado”.<sup>185</sup>

Posto isto, a *necessidade de uma política*<sup>186</sup> – englobando atuação estatal e do poder público em geral, bem como a participação da sociedade civil organizada – vinculada ao princípio da dignidade e aos direitos fundamentais será tratada no próximo capítulo.

---

<sup>183</sup> BARCELLOS, *op. cit.*, p. 198.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 398.

<sup>185</sup> MIRANDA, J. *Apud*. SARLET. I. W. **Eficácia dos direitos** ..., p. 79.

<sup>186</sup> Ver neste influxo: CLEVE, C. M. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 127.

Em suma, eram estas as noções acerca da dignidade da pessoa humana a serem expostas visto que não é possível apresentar, neste mesmo trabalho, e com a profundidade necessária, as discussões que envolvem todos os diversos aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana que aqui não foram examinados.

### **CAPÍTULO III – RELAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O ESTADO**

Consoante restou destacado nos capítulos anteriores, os direitos humanos e fundamentais – que possuem na dignidade da pessoa humana um denominador comum – guardam íntima relação com a atividade estatal. Neste diapasão, afirma Jacques Távora Alfonsin “é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e se constitui”<sup>187</sup>.

A própria evolução histórica dos direitos fundamentais e dos direitos humanos trilha caminho(s) que parte(m), inicialmente, da defesa dos indivíduos frente à atuação estatal – os ditos direitos de primeira geração – e passa(m) para um momento posterior de atuação do ente político para sua promoção – tradicionalmente nomeados de direitos de segunda geração, conforme anteriormente exposto.

É justamente nesse sentido que a doutrina fixa a dignidade da pessoa humana, e por conseqüência os direitos humanos e fundamentais que encontram nela seu escopo e baldrame, como *limite e tarefa do Estado*<sup>188</sup>.

A partir desta fixação, duas dimensões complementares se consolidam no que diz respeito à atuação estatal: a negativa que impõe a necessidade da abstenção do Estado e a demarcação de uma zona de não-interferência; e a positiva que exige uma atuação de concretização e implementação desses direitos por meio da via estatal.

Outrossim, Ronald Dworkin refere-se ao sentido *agente* e *paciente* da dignidade da pessoa humana, pois, esta possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”.<sup>189</sup>

Ressaltando, portanto, o campo de obrigações, em especial as ditas positivas, que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe à atuação estatal

---

<sup>187</sup> ALFONSIN, *op. cit.*, p. 115.

<sup>188</sup> Expressão cunhada por SARLET (*Dignidade da pessoa humana ...*, p. 107). Faz-se imperioso esclarecer que a idéia do ente estatal aqui tomada é feita de modo amplo, e além disso, em nosso ver, tal mister não afasta os afazeres da assim denominada sociedade civil organizada.

<sup>189</sup> DWORKIN, R. *O Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São

afirma Pérez Luño que “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”<sup>190</sup>.

Complementares a este pensamento são as idéias expressadas por Paulo da Mota Pinto para quem:

(...) a garantia da dignidade da pessoa humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado. (...) A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado.<sup>191</sup>

Por isso mesmo, o ente estatal também deve se encarregar da proteção material destes direitos, e é compelido a conter-se de afrontar esses mesmos direitos. Assim sendo, deve o Estado instituir condições favoráveis ao respeito à dignidade da pessoa por parte de todos subordinados a sua soberania.

É precisamente esta noção que encontra pouso no cerne das idéias do *neoconstitucionalismo*<sup>192</sup>. De acordo com Ana Paula de Barcellos<sup>193</sup>, o núcleo desta nova ordem de pensamento é a percepção do Estado como meio voltado à proteção das pessoas que passam a ocupar o centro do sistema. Assim, a incorporação dos fins e políticas públicas ao direito constitucional torna imperiosa uma atuação do Estado juridicamente vinculada às prioridades constitucionais e à dignidade da pessoa humana.

---

Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 306.

<sup>190</sup> PEREZ LUÑO. **Derechos fundamentales...**, p. 318.

<sup>191</sup> MOTA PINTO, P. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 151, 152.

<sup>192</sup> A referência arquitetada neste trabalho revela apreensão superficial da temática uma vez que não é objeto de nosso estudo, em que pese sua relevância e interesse. Para maior aprofundamento CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

<sup>193</sup> BARCELLOS, A. P. de. Palestra proferida. In: **PRIMEIRA JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, no 2º semestre de 2004 na UniBrasil, Curitiba, Paraná.

Expostas estas colocações, avulta incontroversa a responsabilidade dos diversos órgãos estatais, na realização das variadas funções, com o princípio da dignidade da pessoa humana e consequentemente com os direitos humanos e fundamentais. O encargo da atuação estatal em prol da promoção, do respeito e da proteção desses direitos possui um campo amplo de tutela que se estende desde a sua própria não-ingerência à seara individual até a proteção destes de transgressões de qualquer natureza praticada por quaisquer sujeitos<sup>194</sup>.

De acordo com Ingo Sarlet, “o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viver com dignidade”<sup>195</sup>.

Não se trata, todavia, de remeter tão-só no conceito moderno de Estado as sustentações concretas de tais objetivos, uma vez que, historicamente, a passagem do ser para o sujeito e a travessia do indivíduo para o coletivo se deram mediante a construção do conceito de *sujeito histórico*, levada a efeito não raro contra o próprio Estado.

Neste passo, a doutrina contemporânea vem sustentando o engajamento dos entes particulares e dos movimentos sociais voltados à concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos e fundamentais, nas dimensões contemporâneas que espelha nos cenários nacionais e supranacionais dilemas e paradoxos, como escreve Joaquin Herrera Flores:

*Crítica ya que en el terreno de los derechos se ha dado una gran paradoja: la cada vez mayor consolidación y proliferación de Textos Internacionales, Conferencias, Protocolos..., ha sido paralela a la profundización de desigualdades e injusticias que hacen cada vez más amplia la separación entre los polos, no solo geográficos sino también económicos y sociales del sur y del norte.(...)*

*Y finalmente contextualizada ya que no podemos entender los derechos sin verlos como parte de la lucha de grupos sociales empeñados en promover la participación humana.*<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Consoante assevera a lição *sui generis* de Jörg Neuner, expressada por Ingo Sarlet: “Não importa de quem é a bota que desferiu o chute no rosto do ofendido”. (SARLET. **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 111).

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>196</sup> “Crítica já que no terreno dos direitos se há dado um grande paradoxo: a cada vez maior consolidação e proliferação de textos internacionais, conferências, protocolos..., há sido paralela ao aprofundamento das desigualdades e injustiças que fazem cada vez mais ampla a separação entre os pólos, não só geográficos, mas também econômicos e sociais do sul e do norte(...)



A suscetibilidade das relações particulares ao princípio-fundamento da dignidade repousa na necessidade de vinculação da comunidade na implementação de direitos fundamentais.<sup>197</sup>

Neste diapasão, Konrad Hesse alerta que os direitos fundamentais “exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores estes que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo ordenamento jurídico – público e privado”<sup>198</sup>.

A chamada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, ou seja, aquela que recai sob as relações intersubjetivas, “assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes, com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico – maior que o de muitos Estados)”<sup>199</sup>.

Assim, além de atrelar ao Estado o dever geral de amparo e implementação dos direitos humanos e dos fundamentais, os particulares também são chamados, pela ordem constitucional, a comungar dessas obrigações, positivas e negativas.

E finalmente contextualizada já que não podemos entender os direitos sem vê-los como parte da luta de grupos sociais empenhados em promover a participação humana.”(Tradução livre). (FLORES. **Hacia una visión compleja** ..., p. 43 e ss.). Acerca da importância e papel da participação dos movimentos sociais esclarece German Gutiérrez: “Nuevos movimientos sociales han tomado fuerza en el continente, y con ellos las demandas por el reconocimiento de nuevos derechos humanos han tomado importante, protagonismo. Derechos de la mujer, derechos indígenas, derechos de las víctimas de la discriminación racial, cultural y étnica, y derechos de las generaciones futuras a recibir un entorno natural y social que les permita vivir y desarrollarse como seres humanos. En este caso, se ha tratado de un nuevo frente de lucha abierto no por un deterioro de las condiciones de vida, sino producto del empoderamiento de nuevos sujetos sociales que exigen reconocimiento y poder social.” (GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 181).

<sup>197</sup> Paradigma, neste sentido, acórdão do TJ/RS nº 70005752027, relatado pelo Desembargador Mario Rocha Lopes Fº. EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ILEGALIDADE DA PRISÃO. DEPÓSITO PARCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DEPÓSITO DA RESTANTE. 1. Mostra-se impossível a manutenção da prisão fundada em aparente irrazoabilidade da quitação de diferença do débito dada pela representante dos alimentandos logo após ter sido formalizado acordo não homologado pelo juízo, pois aquela se destina a proteger o interesse dos alimentandos em relação aos alimentantes que, além de não pagar, sequer preocupam-se em justificar. 2. A manutenção da prisão no presente caso mostra-se temerária e, poder-se-ia dizer, arbitrária, por ausência de embasamento legal, até mesmo porque o depósito parcial desautoriza a decretação da prisão. 3. A prisão civil é incompatível com a tutela do direito alimentar por impedir que o alimentante busque meios para cumprir sua obrigação, negando-se, com isso, o direito à dignidade humana seja do alimentado, seja do alimentante. Ordem concedida. Unânime. Disponível em: [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br) Acesso em: ago. 2005.

<sup>198</sup> HESSE, Konrad. *Apud*: SARLET, I. W. **A Constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 119.

<sup>199</sup> *Id.* **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 110.

Precisa, neste sentido, Wilson Steinmetz:

Seja como norma-princípio constitucional fundamental autônoma, seja como conteúdo que se expressa ou se concretiza nos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa vincula os poderes públicos. Mas não exclusivamente eles. Vincula também os particulares à medida que a CF normaliza âmbitos de vida nos quais o Estado não participa ou não participa diretamente e à medida que os particulares – de modo especial, quando detentores de poder econômico, social e ideológico – são potenciais violadores da dignidade da pessoa. Dado o fato de que a dignidade da pessoa é fundamento da República Federativa do Brasil, é inaceitável, por falta absoluta de consistência normativa e justificação racional, teórica e dogmática, a não vinculação dos particulares à dignidade da pessoa como princípio objetivo autônomo e a não vinculação a direitos fundamentais, direitos que, repita-se, são a expressão, em nível menos abstrato, da dignidade da pessoa.<sup>200</sup>

Não obstante a ausência de previsão expressa do texto constitucional, Ingo Sarlet aponta que “todos os direitos fundamentais à exceção dos que vinculam o exclusivamente o poder público – vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares”<sup>201</sup>. O núcleo que fundamenta e justifica juridicamente esta obrigação geral está assentado no art. 1º, inciso III quando fixa a dignidade da pessoa humana como fundamento da República:

A própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares – ainda que em condição de tendencial igualdade (e, portanto, de igual liberdade)– tem encontrado importante fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando-se, neste contexto, que – pelo menos no que diz com seu conteúdo em dignidade – os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares nas relações entre si.<sup>202</sup>

Todavia, a graduação do comprometimento de determinados sujeitos com a realização dos direitos humanos fundamentais, bem como a busca de um equilíbrio entre estas esferas, podem também ser compreendidas por meio de uma *ponderação*<sup>203</sup> em face ao caso concreto, a ser apreendido nos seus limites e possibilidades.

---

<sup>200</sup> STEINMETZ, W. A. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Eficácia jurídica**. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. p. 83.

<sup>201</sup> SARLET. **A Constituição concretizada**..., p. 147.

<sup>202</sup> *Id.* **Dignidade da pessoa humana** ..., p. 110-111. Ainda, na mesma obra à página 112 afirma: “(...) a dignidade implica também, em última *ratio* por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de uma dever geral de respeito”

<sup>203</sup> Nesse sentido ver: ALEXY, *op. cit.*

Cuidando da ponderação<sup>204</sup> dos direitos fundamentais (hierarquização de valores), o princípio da dignidade da pessoa humana, nos casos de colisão entre dois princípios materialmente constitucionais, exerce um importante papel vez que abona e/ou inflige limitações a outros direitos constitucionalmente tutelados. Destarte, não há como olvidar da primazia que a dignidade goza na prática, sem que, todavia, isto implique em uma hierarquização das normas e princípios constitucionais.

Não existe, assim, resposta absoluta para as problemáticas que abrolham da eficácia *vertical* e *horizontal* – tanto em sua dimensão positiva quanto em sua dimensão negativa – dos direitos fundamentais. Esta deve sempre ser vislumbrada frente ao caso concreto.

Contudo, a importância deste estudo, segundo destacam García-Torres e Jiménez-Blanco, reside no fato que

a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas significa bem mais do que um mero esclarecimento de sentido no âmbito de um projeto geral de sentido dos direitos fundamentais, representado, isto sim, algo como um novo horizonte hermenêutico, implicando uma leitura completamente nova do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais.<sup>205</sup>

Tal pode ser visto sob um novo enfoque, buscando uma fundamentação alternativa e diversa, inclusive quanto ao método de incidência das normas constitucionais e tanto aos destinatários; assim se torna possível ao se ter por pano de fundo um novo patamar hermenêutico, que se pode localizar na aproximação das elaborações teóricas acerca dos direitos fundamentais de sua prática efetiva.

A gravidade esboçada no cenário contemporâneo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais conclama o engajamento de todos para que, ao lado e

---

<sup>204</sup> A ponderação é procedimento, por excelência, de determinação dos cognominados *hard cases*, os quais possuem – de acordo com elementos políticos e axiológicos – múltiplas soluções possíveis face ao ordenamento. Em que pese estar usualmente vinculada a aplicação de princípios, é método de decisão para lidar com as colisões normativas em geral, especialmente aquelas que se verificam entre direitos fundamentais. O raciocínio da ponderação se desenvolve em três fases: a identificação das normas em conflito; a identificação dos fatos relevantes, a verificação da repercussão sobre a realidade das diferentes soluções possíveis e a atribuição de pesos aos elementos em disputa.

<sup>205</sup> Derechos Fundamentales e relaciones entre particulares, p. 140-142. *Apud*: SARLET, I. **Eficácia dos direitos** ..., p. 160.

não em substituição à esfera estatal<sup>206</sup>, possa-se pensar em diminuir o fosso abissal entre a teoria e a prática desses direitos – idéia que será retomada na parte que segue.

Isto, todavia, não implica em igualar a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais ao modo com que incidem nas relações entre Estado. Destarte, apresenta-se deveras relevante o contorno que esta incidência tomará, ou seja, o instrumental jurídico que levará a cabo a edificação desta ponte aproximativa entre o público e o privado.<sup>207</sup>

Parece-nos imperativo que, em pleno do terceiro milênio, os indivíduos assumam a *consciência prática* de seus papéis e funções como agentes ativos na busca da afirmação dos direitos humanos e fundamentais.

No conto de José Saramago a idéia da ilha desconhecida equilibra-se sobre uma base dual: internamente, nos sonhos e esperanças, do homem do leme, e externamente, nos arquipélagos que ainda restam anônimos. A idéia da efetivação dos direitos humanos e dos fundamentais subsiste em dois planos: no intersubjetivo, com os afazeres da cidadania concreta por meio da atuação individual e, na esfera social, *vis a vis* com o ente estatal.

Com a exposição dessas pinceladas acerca da teoria dos direitos humanos e fundamentais resulta erigido nosso *barco* – instrumental com o qual pretende-se *lançar-nos ao mar* na próxima parte do presente trabalho. A última e derradeira etapa deste itinerário têm como objetivo enfrentar as tormentas<sup>208</sup> que permeiam a implementação prática do discurso teórico até então consolidado acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

---

<sup>206</sup> Embora não tenha referencial do presente estudo, esta análise se colocar em posição crítica à denominada *escola de Chicago (law and economics)*, uma vez que não subscreve a fuga do Estado para fora do espaço público nem restringe o direito a fatores de mensuração da macroeconomia.

<sup>207</sup> Nesse sentido a doutrina aponta mecanismos, de configuração originalmente publicista, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas a exemplo da colisão e ponderação de direitos fundamentais. O fenômeno da colisão dos direitos fundamentais é vicissitude ineliminável à alteridade e pluralismo vigentes em um Estado Democrático de Direito. Nestes casos faz-se necessário lançar mão da ponderação de normas, de bens e de valores como técnica de solução. Subjaz a este processo um conteúdo de razoabilidade, bem como a idéia de justiça material, como premissas metodológicas da aplicação normativa.

<sup>208</sup> Quiçá, melhor denominação para as atividades de implementação do discurso teórico dos direitos humanos e fundamentais, seria, ao invés de 'tormentas', 'calmarias' tendo em vista a inexpressividade da ação em face da alarmante realidade que nos cerca.

### PARTE III – LANÇAR-SE AO MAR: A AFIRMAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

*O capitão tomou a ler o cartão do rei, depois perguntou, Poderás dizer-me para que queres o barco, Para ir à procura da ilha desconhecida, Já não há ilhas desconhecidas, O mesmo me disse o rei, O que ele sabe de ilhas, aprendeu-o comigo, E estranho que tu, sendo homem do mar, me digas isso, que já não há ilhas desconhecidas, homem da terra sou eu, e não ignoro que todas as ilhas, mesmo as conhecidas, são desconhecidas enquanto não desembarcarmos nelas, Mas tu, se bem entendi, vais à procura de uma onde nunca ninguém tenha desembarcado, Sabê-lo-ei quando lá chegar, Se chegares, Sim, às vezes naufraga-se pelo caminho, mas, se tal me viesse a acontecer, deverias escrever nos anais do porto que o ponto a que cheguei foi esse, Queres dizer que chegar, sempre se chega. Não serias quem és se não o soubesses já. O capitão do porto disse, Vou dar-te a embarcação que te convém, Qual é ela, É um barco com muita experiência, ainda do tempo em que toda a gente andava à procura de ilhas desconhecidas, Qual é ele, Julgo até que encontrou algumas, Qual, Aquele. (...). Parece uma caravela, disse o homem, Mais ou menos, concordou o capitão, no princípio era uma caravela, depois passou por arranjos e adaptações....<sup>209</sup>*

Tendo sido percorridas relevantes *águas jurídicas* até então formuladas nos oceanos dos direitos humanos e fundamentais, o trabalho rumo – agora com a “caravela conquistada” – para a outra margem.

Analisar-se-á na derradeira etapa dessa jornada a aplicabilidade e efetividade das disposições acerca do atual estado da arte da disciplina em questão (o barco)<sup>210</sup>. Em seguida, serão sopesadas algumas das diversas *embarcações*, postas pela doutrina, com as quais pode-se singrar as marés da aproximação da teoria e da prática dos direitos fundamentais.

---

<sup>209</sup> SARAMAGO. *O conto ...*, p. 30-31.

<sup>210</sup> Esclarece-se de antemão que não é o objetivo do presente estudo analisar as teorias acerca da efetividade das normas constitucionais estabelecidas, inicialmente pela doutrina americana (*self-executing norms* e *non self executing norms*), e fundamentadas atualmente no direito pátrio. Para tanto ver: José Afonso da SILVA em seu (*Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001). O escopo em questão é focalizar através de olhar desconstrutivista algumas questões atinentes à efetivação dos direitos fundamentais para, no próximo capítulo, reconstruí-las com base em mecanismos efetivos de aproximação da teoria e da prática desses direitos.

## **CAPÍTULO I – APLICABILIDADE E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS**

O texto constitucional brasileiro no artigo 5º, parágrafo primeiro confere posição de destaque aos direitos fundamentais quando afirma que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Este dispositivo revela o perene repto de conferir à Carta Constitucional, em especial às normas jusfundamentais, aplicabilidade imediata e efetividade plena<sup>211</sup>.

Não obstante as nuances técnicas que permeiam as diferenciações entre as idéias da aplicabilidade, eficácia e efetivação, resta claro que os termos serão aqui tomados em sua *relação dialética de complementaridade*<sup>212</sup> para a efetuação, no caso concreto, da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos e fundamentais.

Consoante pontua Ingo Sarlet: “Não há como dissociar, por outro lado, a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes”. Assim, conclui que “as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas, na verdade, as duas faces da moeda, na medida em que uma norma somente será considerada eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade”.<sup>213</sup>

Faz-se mister, entretanto, esclarecer o sentido para o qual rumar-se-á com nossa metafórica caravela no que diz respeito à aplicação prática destas normas.

Luís Roberto Barroso, ao tratar da efetividade das normas constitucionais, assevera que esta “designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma

---

<sup>211</sup> Nesta matéria importante ressaltar a compreensão de Meirelles Teixeira para quem todas as normas constitucionais possuem determinado grau de eficácia variando entre um grau mínimo e um máximo. Ver: TEIXEIRA, M. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 66.

<sup>212</sup> DINIZ, M. H. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 67.

<sup>213</sup> SARLET. **A eficácia dos direitos** ..., p. 210.

constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado”<sup>214</sup>.

Nesse sentido, José Afonso da Silva bem explana a dicotomia que exsurge entre a *eficácia social* da norma, entendida como a efetiva obediência das normas na faticidade social (efetivação), e sua *eficácia jurídica*. Esta última, de acordo com José Afonso da Silva, “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade de sua aplicação jurídica”.<sup>215</sup>

Destarte, faz-se imperioso o refinamento teórico da dogmática constitucional para, além da identificação das causas que negam eficácia aos direitos humanos e aos fundamentais, superar as construções positivas e simplistas que lhes negam aplicabilidade/eficácia direta. Nas palavras de Anebel Macedo Silva:

A contínua concretização de tais normas compromissórias pode, de fato, servir como progressiva construção do consenso social acerca do conteúdo das disposições contrapostas, sendo a concretização jurisdicional um dos legítimos veículos institucionais para o embate entre os interesses dos grupos sociais opostos. Ao revés, a frustração simplista da efetividade de tais disposições, através de fórmulas superficiais e reducionistas tais como o caráter exclusivamente programático de certas disposições constitucionais, ausência de normatividade de normas-princípio, ilegitimidade do Judiciário decorrente da separação de poderes, dentre várias máximas do rasário da teoria constitucional da inefetividade induz ao fenômeno da constitucionalização simbólica.<sup>216</sup>

É justamente este arco entre a aplicabilidade da norma *in abstracto* e o resultado decorrente da efetiva aplicabilidade desta que deverá ser traçado para superar o fosso abissal entre a prática e a teoria dos direitos humanos e fundamentais.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 279.

<sup>215</sup> SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1992, p. 55.

<sup>216</sup> SILVA, A. M. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. Apresentação.

<sup>217</sup> Acerca desta *summa divisio* manifesta-se Pontes de Miranda ao dizer que “não há que separar a aplicação e a iniciação da lei, a realização e a proposta. A expressão efetiva pode não ser a do indivíduo, nem a de alguns, nem a de muitos, nem a da maioria, nem a da totalidade; porque a totalidade que desse não seria a que aplicasse, e sim outra, porque entre elas há a mesma diferença que entre os dois momentos: o momento de elaboração e o momento de aplicação concreta. No costume é que teríamos a simultaneidade, a confusão, a coincidência ou como quer a que isso se chame; mas no próprio costume a regra é traçada, não por um ato, e sim por muitos, de modo que resulta de membros de totalidades distintas”. (*Apud*: GRAU, E. R. **A ordem econômica na**

No que diz respeito à identificação das barreiras que amarram a aplicabilidade prática e direta dos direitos humanos e dos fundamentais, segundo Bobbio existem, independente da natureza destes, elementos que obstaculizam sua tutela, bem como sua aplicação prática.

Para o autor italiano acima citado esta dificuldade resulta, em primeiro lugar, do caráter jurídico-político destes direitos. Os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem intrincada relação com o Estado de Direito e o regime democrático, emerge, contudo, daí um paradoxo, pois, “com relação à tutela dos direitos do homem, onde essa é possível talvez não seja necessária, e onde essa é necessária talvez não seja possível”<sup>218</sup>.

O outro entrave para a efetivação dos direitos, aponta Bobbio, é sua própria substância, pois, “desde que a maior parte desses direitos são agora aceitados pelo senso moral comum, crê-se que seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado”<sup>219</sup>. Este consenso ao redor dos direitos gera a falsa idéia de que constituam categoria fundada em um valor absoluto e classe homogênea.

Já Franz Hinkelamert aponta como empecilho da efetivação dos direitos humanos e fundamentais a estratégia globalizante do que lhes diz respeito já que estes estão sendo substituídos por direitos de mercado. Explana:

*La transformación de la economía en guerra económica y la siguiente transformación de la competitividad en valor único y superior está destruyendo y eliminando todos los derechos humanos en nombre de los derechos de mercado, que son derechos vigentes en el mercado y solamente en él. Los derechos del mercado sustituyen a los derechos humanos. Eso explica por qué nuestra sociedad sigue hablando tanto y con tanta intensidad de los derechos humanos.*<sup>220</sup>

---

**Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 316).

<sup>218</sup> (BOBBIO, *op. cit.*, p. 41). Com o devido respeito, não estamos de pleno acordo com esta assertiva, pois, em que pese o Brasil configurar-se em um Estado materialmente democrático ainda restam inúmeras questões acerca da tutela dos direitos a serem lidadas. Ou ainda, prova em contrário seria o crescente número de demandas na Corte Européia de Direitos Humanos, ligada ao Conselho da Europa do qual participam apenas países democráticos – ao menos, formalmente.

<sup>219</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>220</sup> “A transformação da economia em guerra econômica e a seguinte transformação da competitividade em valor único e superior está destruindo e eliminando todos os direitos humanos em nome dos direitos de mercado, que são direitos vigentes no mercado, e somente nele. Os direitos do mercado substituem os direitos humanos. Isso explica porquê em nossa sociedade segue-se falando tanto e com tanta intensidade em direitos humanos”. (Tradução Livre) (HINKELAMERT, F. El proceso actual de globalización y los derechos humanos. In: FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos*



A latente decepção com (e do) constitucionalismo pátrio está vinculada à carência de efetivação das normas constitucionais, pois, em análise regressiva, nota-se a ausência de sintonia dos preceitos constitucionais, ou ao menos de seu amoldamento prático, à realidade social. Arremata Barroso ao dizer: “A instabilidade das constituições impede o surgimento de um sentimento constitucional, apto a formar uma consciência de respeito e preservação da lei maior, como um símbolo superior, de valor afetivo e pragmático”<sup>221</sup>.

São estes alguns elementos que corroboram para o “contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações” já que o “crescimento moral não se mensura pela palavras, mas pelos fatos. De boas intenções o inferno está cheio”<sup>222</sup>.

Esta tensão entre realidade e idealidade é inerente ao próprio sistema jurídico, segundo Marcelo Cattoni, o qual, alicerçado nos postulados filosóficos habermasianos, afirma a propósito desse tema:

O uso da noção paradigma jurídico pretende estabilizar a tensão entre realidade e idealidade, ao defender a tese de que haveria um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada “percepção” do contexto social do Direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas deveriam ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. Assim, a cada nova geração, o certo seria que os direitos não são simplesmente alargados, mas, sim, redefinidos a cada novo paradigma.<sup>223</sup>

A tensão entre o ideal e o real não deve servir de subterfúgio para a conformação com a atual aplicação prática dos direitos humanos e fundamentais. Relembrando a filosofia prática de Ignacio Ellacuría<sup>224</sup>, deve-se ter percepção do direito como reflexão prática e rediviva no cotidiano de seus operadores.

Konrad Hesse afirma, nesta toada, que “a Constituição Jurídica está

---

humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclee, 2000. p. 121).

<sup>221</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 279.

<sup>222</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 64.

<sup>223</sup> CATTONI, M. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

<sup>224</sup> “Ellacuría defiende que el problema de los derechos humanos hay que plantearlo desde su historización desde las mayorías populares y los pueblos oprimidos. Desde este planteamiento, señala Ellacuría, se puede apreciar mejor el peligro de que su *teoría y praxis propendan a tomar la forma de una normatividad absoluta y abstracta, independiente de toda circunstancia histórica*”.

condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade”<sup>225</sup>.

Esta aplicação prática e concreta dos preceitos constitucionais de acordo com o substrato social é um dos fatores que implica na efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Ciente dessa responsabilidade, a doutrina constitucional contemporânea, orientada pelos instrumentos da metódica estruturante de Friedrich Müller<sup>226</sup>, aponta para a concretização das normas constitucionais, buscando, deste modo, interface entre o direito constitucional e a realidade social.

A *metódica estruturante* proporciona especiais subsídios para a concretização das normas jurídicas constitucionais, sobretudo, aquelas que impetram de seu destinatário atuação mais enérgica e fecunda. É precisamente nesta seara que se encontra a maior parte dos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, haja vista sua estrutura axiológica e aberta.<sup>227</sup>

A superação da metodologia positiva tradicional aponta a ausência de identificação do texto normativo com a norma. A norma avulta no momento que o texto é interpretado, logo a hermenêutica e o papel do intérprete assumem *locus* de grande relevância no processo de concretização da norma. De acordo com os ensinamentos de Friedrich Müller, o texto, em si, é ausente de qualquer valor normativo, pois, a normatividade presente na norma avulta da possibilidade de ser

(SENNENT DE FRUTOS, J. A. **Ellacuría y los derechos humanos**. Bilbao: Descleé, 1998, p. 51).

<sup>225</sup> HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 94.

<sup>226</sup> MÜLLER, F. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Presses Universitaires, 1996.

<sup>227</sup> Acerca deste procedimento nos afirma Anabelle Macedo Silva: “Relevante, portanto, a metodologia jurídica para o processo de construção da norma, bem como a intimidade entre aquela e a teoria da norma jurídica, eis que teoria da produção do direito, não mais uma teoria da justificação do direito. A concretização normativa se processa através de um trabalho sobre os dados lingüísticos do texto normativo bem como sobre os dados factuais, decorrendo, então, deste duplo trabalho, a definição de um programa normativo (produto da atividade interpretativa) e de um campo normativo (fruto da análise de um segmento da realidade correlata). A normatividade é uma propriedade dinâmica da norma decorrente de sua relação com a realidade, na qual a norma ordena a realidade e também é condicionada e estruturada por esta, daí o conceito de MÜLLER de *norma como modelo de ordenação factualmente condicionado*. A norma é condicionada e impregnada pela realidade, não sendo, contudo, por ela absorvida e neutralizada, eis que também encerra a norma um modelo de ordenação, um momento programático, revelado pela interpretação dos textos”. (SILVA, A. M., *op. cit.*, p. 126).

praticada, ou melhor, concretizada.<sup>228</sup>

É neste influxo que a efetividade e aplicabilidade dos direitos humanos e fundamentais devem ser miradas tendo em vista que a hermenêutica tradicional, de matriz liberal e legalista, quando muito, alcançou a concretização destes em sua dimensão negativa, ou seja, no que toca à abstenção estatal. Sublinha-se, destarte, o importante papel desta metodologia constitucional estruturante:

Já no âmbito dos direitos do mínimo existencial, da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana através da definição de obrigações de fazer do Estado necessárias à mínima garantia da sobrevivência do homem, a contribuição da nova hermenêutica e do constitucionalismo contemporâneo demonstra maior adequação, eis que inadequadas e anacrônicas em tal dimensão positiva dos direitos fundamentais as premissas do positivismo liberal, necessariamente conducentes à inefetividade das normas constitucionais e aos riscos da constitucionalização simbólica.<sup>229</sup>

Sob estas novas e refundadas lentes deve ser mirada a eficácia, e conseqüente aplicabilidade, dos direitos humanos e fundamentais. Tendo em vista, contudo, que não constituem categoria homogênea, sobretudo no que diz respeito à sua natureza, sua eficácia possui estreita relação com o que se convencionou denominar de *densidade normativa*<sup>230</sup>. Esta, por sua vez, está intimamente relacionada com a função e a forma de positivação dos direitos humanos e fundamentais no texto constitucional.

A eficácia plena dos direitos humanos e fundamentais de defesa<sup>231</sup> – ligados com as idéias de liberdade, igualdade, direitos políticos entre outros – não é difícil de ser compreendida vez que impõe uma abstenção do poder público. Já no que diz respeito aos direitos fundamentais prestacionais, sua concretização não é tão pueril, pois de acordo com Bobbio, “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação

---

<sup>228</sup> MÜLLER, *op. cit.*, p. 170 e ss.

<sup>229</sup> SILVA, A. M. *Op. cit.*, p. 193.

<sup>230</sup> Expressão cunhada pelo Professor Ingo Wolfgang Sarlet.

<sup>231</sup> Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, “a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (CANOTILHO. *Direito constitucional ...*, p. 541).

delas torna-se cada vez mais difícil<sup>232</sup>. Sintetizando esta ordem de idéias:

Podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, neste contexto, que inexistente qualquer razão para não fazer prevalecer o postulado contido no art. 5º, § 1º, da Constituição, já que não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação.<sup>233</sup>

Com as assertivas doutrinárias acima mencionadas avulta inconteste que é no plano da efetivação que os direitos humanos e fundamentais encontram seu nó. Certo é que todas as normas constitucionais nascem para, desagalhando-se de sua eficácia subentendida, gerar efeitos práticos. Destarte, faz-se mister um *progreso jurídico humanitário*<sup>234</sup> das estruturas jurídicas no que diz respeito à aplicabilidade concreta desses direitos.

Com efeito, aponta Germán Gutiérrez:

*Quando se dice que "el principal problema de los derechos humanos hoy en día es el de su aplicación" se está diciendo que aún dentro de la visión jurídica, no es suficiente con la legislación, sino que se necesita la aplicación de ella. Pero al mismo tiempo vemos que la aplicación de una legislación no es sólo un problema de judicatura sino de poder social, de estructuras y relaciones de fuerzas que impiden la realización de derechos consagrados para determinados grupos sociales (en este caso las mayorías de la población mundial). Tal afirmación es profundamente ideológica, pues al decir: la institución está bien, el problema es de aplicación oculta precisamente el problema que tratamos de mostrar: que la principal causa de la violación de los derechos humanos en el mundo de hoy no es producto de un poder despótico que rechaza la institución derechos humanos, sino de un sistema democrático de derecho que lo consagra y se declara además su "inventor".*<sup>235</sup>

Resta claro, assim, o desafio imposto aos tripulantes nesta embarcação: de

---

<sup>232</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 63.

<sup>233</sup> SARLET. **A eficácia dos direitos** ..., p. 252.

<sup>234</sup> Expressão cunhada por GUTIÉRREZ (*op. cit.*, p. 187).

<sup>235</sup> "Quando se diz que o principal problema dos direitos humanos hoje em dia é de sua aplicação se está dizendo que dentro da visão jurídica, não é suficiente a legislação, se não que se necessita a aplicação desta. Mas, ao mesmo tempo vemos que a aplicação de uma legislação não é apenas um problema de judicatura se não de poder social, de estruturas e relações de forças que impedem a realização dos direitos consagrados para determinados grupos sociais (neste caso a maioria da população mundial). Tal afirmação é profundamente ideológica, pois ao dizer: a instituição está bem, o problema é de aplicação oculta precisamente o problema que tratamos de mostrar: que a principal causa de violação dos direitos humanos no mundo de hoje não é produto de um poder despótico que rechaça a instituição direitos humanos, se não de um sistema democrático de direito que o consagra e se declara ainda seu inventor". (Tradução Livre) (*ibidem*, p. 187).

se afastar das construções teóricas permeadas de *ingenuidades superficiais, simplistas e pretensamente descomprometidas*<sup>236</sup>. Esta tripulação tem ciência da necessidade do direito – e no âmbito desta investigação, especificamente, o direito constitucional – de responder às demandas sociais<sup>237</sup> no que toca o direito a uma existência minimamente digna.

Estas colocações revelam um outro destino das reflexões que tangem os direitos humanos e fundamentais, cujas direção e sentido estão para ser (des)conhecido. Assim sendo, navegar-se-á, na extrema parte deste trabalho, quer nos barcos já construídos pela doutrina e quer também nos aventurando à porção de mar ainda não descoberta no que diz respeito aos mecanismos de efetivação do discurso teórico dos direitos humanos e fundamentais.

---

<sup>236</sup> Locução utilizada por SILVA, A. M. (*op. cit.*, p. 195).

<sup>237</sup> Nesta toada relevante ressalva de Anabelle Macedo Silva no que diz respeito à indagação de se o sistema jurídico atenderá à comunidade: “não necessariamente com o deferimento de suas pretensões, ressalte-se, mas com o exame dos conflitos atuais em toda sua complexidade e inteireza”. (*ibidem*, p. 195).

## **CAPÍTULO II - MECANISMOS DE APROXIMAÇÃO ENTRE O DISCURSO TEÓRICO E A PRÁTICA EFETIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Desenhada a contribuição jurídica acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais chega-se, enfim, ao derradeiro estágio dessa travessia.

Esta última (ou quiçá primeira) escala tem como objetivo o estudo de possíveis mecanismos de aproximação entre a teoria e a prática dos direitos humanos e dos fundamentais.

Esta aporia<sup>238</sup> alocada entre o discurso e a ação seja, talvez, um dos grandes temas de preocupação da doutrina jurídica, em especial a doutrina constitucional contemporânea. Justamente por esta razão a presente reflexão poderia ser alcunhada de pretensiosa tendo em vista a relevância da problemática em detrimento das limitações deste estudo.

Certa dose de pretensão faz-se realmente presente nesta monografia, sobretudo, neste porto final. A pretensão notada que, todavia, não se confunde com pedantismo, é fruto do mesmo anseio que moveu o homem a resistir por três dias e três noites defronte à porta de petições do rei para pedir-lhe um barco. De algum modo a irresignação do homem do conto desconstruiu um cotidiano de absolutismo imposto pelo rei que lhe permitiu auferir o barco.

Lançamo-nos nesta arriscada tarefa precisamente por, como o homem do conto de Saramago, acreditamos que existem *ilhas* melhores do que na que hoje nos encontramos no que diz respeito ao cenário prático dos direitos humanos e fundamentais. Destarte, o objetivo que aqui se propõe é explorar as diversas caravelas que a doutrina tem projetado para dar conta deste transcurso tormentoso em direção à ilha desconhecida.

Consoante anteriormente aclarado<sup>239</sup>, a ilha desconhecida é algo materializado (ou, quiçá, sonhado?) em um plano dúplice: dentro de seus tripulantes

---

<sup>238</sup> Este signo tem radical grego e remonta a Sócrates e a outros filósofos antigos que tentaram despertar o espírito filosófico em homens novos instigando sua *aporia*, não simplesmente dando respostas a estes enigmas.

<sup>239</sup> Vide parte I, capítulo III.

que movidos pela perspectiva de um porvir melhor lançaram-se ao mar; e nos arquipélagos existentes ainda incógnitos. No mesmo sentido, a nossa *ilha desconhecida* – a efetivação prática dos direitos humanos e fundamentais – depende de base dual: a perspectiva individual apoiada no exercício concreto da cidadania por cada um de nós, e a perspectiva coletiva dos mecanismos jurídicos de aproximação dos direitos humanos e dos fundamentais.

Estando cientes das limitações das quais o trabalho goza, limitar-se-á na reflexão da construção doutrinária, legislativa e jurisprudencial que objetivam o acostamento entre estas duas margens tão distantes.

Além disso, avultam incontroversos os entraves no que diz respeito à utilização do fenômeno jurídico como ferramenta nessas investigações. Salutar, nesta toada, a advertência: “O direito não é promotor da mudança social, mas pode auxiliá-la, sugeri-la. Afinal, todos os conflitos, todas as revoluções, no final, ocorrem em nome de uma idéia de direito, que se pretende, desta ou daquela forma, institucionalizar”<sup>240</sup>.

Tomada pelos mesmos sonhos e aspirações que motivaram o homem do conto, esta tripulação pretende, auxiliada pelo correto instrumental<sup>241</sup> – com os pés no chão e o coração vincado na certeza da existência de *ilha(s)* melhores para aportar – buscar a *revolução do cotidiano*. “A mudança cotidiana, imperceptível, permanente nas estruturas sociais”<sup>242</sup>.

O primeiro passo nesta singra tem relação direta com a questão hermenêutica. É certo que apenas se pode vislumbrar mudanças práticas a partir de uma viragem paradigmática que tenha como norte uma hermenêutica crítica, construtiva e comprometida em *materializar* os direitos humanos e fundamentais teoricamente consolidados.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> CLÈVE, C. **O direito e os direitos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 220.

<sup>241</sup> “O veículo jurídico para a intervenção transformadora do direito no âmbito da proteção dos direitos humanos tem sido o princípio da dignidade da pessoa humana, ocupando-se a teoria constitucional com a densificação de seus conteúdos e regras e com o parâmetro de sua operação no âmbito jurisdicional”. (SILVA, A. M. *Op. cit.*, p. 189).

<sup>242</sup> CLÈVE. **O direito** ..., p. 220.

<sup>243</sup> “Gadamer vai dizer que a hermenêutica como teoria filosófica diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo. Pois é o modelo da linguagem e sua formação de realização – ou seja, o diálogo – que suporta não somente o entendimento entre os homens, senão também o entendimento sobre as coisas de que é feito nosso mundo. A teoria do conhecimento no sentido tradicional tem

Isto porque, consoante afirma Gomes Canotilho, “a compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil, teórico e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país”<sup>244</sup>.

Esta nova perspectiva interpretativa subsiste como condição de possibilidade para quaisquer outros meios ou mecanismos que pretendam material e efetivamente a superação desta clivagem. De acordo com Eros Grau:

Para que efetivamente corresponda – hoje, aqui e agora – à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.

O fato é que nela interpretação/aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação, desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>245</sup>

Nesse influxo, desempenham importante papel os operadores do direito, pois, a constituição subsiste como um conjunto de significantes que deve ser interpretada no sentido de aplicação do Direito e concretização material das normas jurídicas ali postas, com especial atenção às normas definidoras dos direitos garantias fundamentais.

Para a efetivação do discurso constitucional como prático e racional, “cumpre superarmos, em definitivo, a visão estreita e asfixiante da exegese jurídica, estabelecendo preceitos materiais e superiores que sirvam de bússolas, parâmetros ou referenciais para o nosso modo de dar vida à Constituição e ao Direito como um todo”<sup>246</sup>. Deste modo, a atividade interpretativa dialética<sup>247</sup> figura como

---

subvalorizado a articulação lingüística. Nosso pensamento atual, entretanto, se encontra orientado de modo decisivo ao fenômeno da linguagem”. GADAMER. **Verdade e Método** (*apud op. cit.*, p. 177).

<sup>244</sup> CANOTILHO. **Direito constitucional** ..., p. 75.

<sup>245</sup> GRAU, *op. cit.*, p. 316.

<sup>246</sup> FREITAS, J. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. In: GRAU, E; GUERRA F., W. [org.]. **Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 229.

<sup>247</sup> “Com efeito, os nossos silogismos jurídicos são, na prática, os dialéticos. Na linha do desvendado por Claus-Whilhelm Canaris, importa mesmo, em sede de decisão jurídica, a qualidade da eleição das premissas. Dito de outro modo, o vetusto e completamente ultrapassado, ao menos no campo teórico”. (*ibidem*, p. 229).



harmonização dos momentos de teoria e prática constitucional.

Partindo desta rota básica para todos os marujos que vislumbraram (ou, ao menos, aspiraram) à transposição do abismo que há entre a prática e a teoria dos direitos humanos, analisar-se-á, a seguir, a experiência daqueles navegadores que estão há mais tempo no mar que nós.

Fábio Konder Comparato assevera que esta nova visão hermenêutica é a mola propulsora para a construção de *um mundo novo* – única possibilidade de concretização dos direitos humanos e fundamentais para quem deles mais necessita.

O autor põe em cheque o atual modelo: “ou a humanidade se deixa conduzir à dilaceração definitiva, na direta linha do apogeu capitalista, ou tomará afinal o rumo da justiça e da dignidade, seguindo o luminoso caminho traçado pela sabedoria clássica. Não há terceira via.”<sup>248</sup>

O modelo de desenvolvimento atual que impera, e que reflete no fenômeno jurídico, não dá conta de realizar esta travessia necessária. Deste modo, esta reconstrução consistiria no combate severo ao modelo capitalista, “tanto pelo seu espírito quanto pelo sistema institucional ou prática de vida”<sup>249</sup>, para que se possa, quiçá, ver em um horizonte próximo ao que Camões há muito almejava: “na paz, leis iguais, constantes, que aos grandes não se dêem o dos pequenos”<sup>250</sup>.

Em que pese a necessidade destas alterações estruturais, e a necessidade de manter acesa a utopia de que *um mundo melhor é possível*, não é possível passivamente aguardá-las, pois, “para os cinco milhões de pessoas que vivem na miséria, a palavra utopia não significa nada”<sup>251</sup>.

Subscreve-se, em partes, o ceticismo do autor português uma vez que, verdadeiramente, “o que transforma o mundo é a necessidade e não a utopia”<sup>252</sup>. Todavia, a ciência disso não deve sepultar nosso direito ao sonho de que no porvir ainda existam portos melhores para atracarmos nossas vidas e corações.

---

<sup>248</sup> COMPARATO, *op. cit.*, p. 537.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 541.

<sup>250</sup> CAMÕES, L. *Os Lusíadas*. São Paulo: Landy, 2005. v. IX. 745.

<sup>251</sup> SARAMAGO, J. *Quixote hoje: utopia e política*. In: IV FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Porto Alegre, jan. 2005.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

Neste influxo mais pragmático, Ignácio Ramonet, em busca da utopia concreta, demonstra que a construção de um mundo melhor não é enfrentar moinhos de vento, mas sim, atacar as diferenças sociais através de medidas simples, tais como: constituir uma taxa planetária de solidariedade; suprimir os paraísos econômicos; estabelecer moratória sobre a água potável para a humanidade; e instituir tributo de solidariedade para as maiores fortunas do mundo.<sup>253</sup>

Na mesma linha, Fábio Konder Comparato aduz a necessidade de reforma das instituições internacionais que tem como objetivo a proteção dos direitos humanos, com especial enfoque para a Organização das Nações Unidas. O redesenho deste organismo e a redistribuição de poder fazem-se imperativos.<sup>254</sup>

Já para parcela expressiva dos autores, a efetivação das normas constitucionais, em especial àquelas referentes aos direitos humanos e fundamentais, repousa em um tripé. Primeiro, suas disposições devem estar despidas de *promessas irrealizáveis*, ou seja, busca-se, deste modo, a *sinceridade normativa*. O segundo pilar diz respeito à assimilação imediata do arranjo jurídico em que se encontra o jurisdicionado. Por fim, deve garantir a existência de meios de tutela adequados para esses direitos<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> RAMONET, Ignácio. **Quixote hoje: utopia e política**. In: IV FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Porto Alegre, jan. 2005.

<sup>254</sup> É indispensável reforçar os poderes investigatórios da Comissão de Direitos Humanos das nações unidas, bem como criar, ao mesmo tempo, um tribunal internacional com ampla competência para conhecer e julgar casos de violação desses direitos pelos Estados-Membros, nos moldes do Estatuto de Roma de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional". (COMPARATO, *op. cit.*, p. 541). Estamos entre aqueles que acreditam que a estrutura dos mecanismos internacionais, que até hoje apenas serviu de chancela da dominação econômica, deva ser, antes de tudo, repensada como um todo, inclusive quanto a sua existência.

<sup>255</sup> Em desenvolvimento do raciocínio, as normas constitucionais definidoras de direitos — isto é, de direitos subjetivos constitucionais — investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5, XXXV da Constituição, em dispositivo assim redigido: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O direito de ação — ele próprio um direito subjetivo, consistente na possibilidade de exigir do Estado que preste jurisdição — tem fundamento constitucional. Mas as ações judiciais, normalmente, são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira, todavia, institui ela própria algumas ações. Tradicionalmente, desde a Constituição de 1934, três eram as ações constitucionais: o *habeas corpus* (que fora constitucionalizado desde 1891), o mandado de segurança e a ação popular. A Constituição de 1988 ampliou este elenco, acrescentando o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, o

A argumentação jurídica e o uso dos meios processuais individual e coletivo de tutela dos direitos fundamentais<sup>256</sup> devem ser apreendidos como mecanismos auxiliares nesta travessia. É urgente a necessidade de criação de um "sistema brasileiro de tutela coletiva dos direitos"<sup>257</sup>. Além disso, é imperativo repensar a tutela individual e o acesso da população aos mecanismos jurisdicionais, bem como, a reformulação da estrutura de apoio na tutela destes interesses.

É neste último pilar da tutela jurisdicional dos direitos humanos e fundamentais que Alexandre de Moraes<sup>258</sup> destaca a importância do Poder Judiciário<sup>259</sup> e do Ministério Público em assegurar a efetivação destes, tornando

---

mandado de injunção e o *habeas data*. O direito de ação, as ações constitucionais e infraconstitucionais constituem as garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais institutos de efetivação das quando não cumpridas espontaneamente. (BARROSO, L. R. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 84).

<sup>256</sup> CATTONI, *op. cit.*, p. 113.

<sup>257</sup> MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87.

<sup>258</sup> MORAES, A. de. *Direitos humanos fundamentais: parte geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 52.

<sup>259</sup> Neste sentido, traz-se a colação jurisprudência paradigma: **Ação de Reintegração de posse - Art. 282 do CPC - Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**. Justiça Federal de Minas Gerais - 8.ª Vara. Ação de Reintegração de Posse - Processo N.º 95.0003154-0. Juiz Federal: Dr. Antônio Francisco Pereira. (...) Várias famílias (aproximadamente 300 - fls.10) invadiram uma faixa de domínio ao lado da Rodovia BR-116, na altura do Km. 405,3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora o DNER quer expulsá-los do local." Os réus são indigentes", reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel. E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os excluídos, de que nos fala a Campanha da Fraternidade deste ano. Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio. Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saibam direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite???). Só isso para identificá-los. Mais nada. Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se indigentes já é qualificação bastante? Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou desalojar este pessoal, com a ajuda da polícia, de seus moquitos, em nome de uma mal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento. Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza. Não seria pelo menos mais digno - e menos falaz - deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida? O município foge à responsabilidade "por falta de recursos e meios de acomodações" (fls. 16 v.). Daí, esta brilhante solução: aplicar a lei. Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (art. 920 e ss. do CPC), ela - COMO TODA LEI - tem em mira o homem comum, o cidadão médio, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorear-se do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça censura da lei, e sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem. Mas este não é o caso no presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias). Não. Os "invasores" (propositadamente entre aspas) definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outros que "habitam" as pontes, viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados de excluídos, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país.

possível o próprio processo democrático e o Estado de Direito. Enfatiza o autor que “a proteção judicial é absolutamente necessária para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais”<sup>260</sup>. E à luz do artigo 5º, inciso XXXV, a Constituição Federal acrescenta: “Compete ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito”.

Não obstante a premência dessas alterações, devem elas estar inseridas em um projeto maior de (re)construção. Esta concepção deve abarcar não só a reflexão acerca dos mecanismos disponíveis pelo direito, como também, a forma pelos quais estes são apreendidos.

Neste influxo Joaquim Herrera Flores nos apresenta a necessidade de uma *nova estratégia de ensino* dos direitos humanos e fundamentais. Necessário afirmar que, no cenário do ensino jurídico atual, ao lado de estabelecer uma nova tática de

---

Contra este exército de excluídos, o Estado (aqui através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio - o Estado - não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior. Ou seja, enquanto não construir - ou pelo menos esboçar - "uma sociedade e solidária" (CF, art. 3º, I), erradicando "a pobreza e a marginalização" II) assegurando "a existência digna, conforme os ditames da "Justiça Social" (art. 170) emprestando à propriedade sua "função social" (art. 5º, XXIII, e 170, III), dando à família, base da sociedade, "especial proteção" (art. 226), e a criança e o adolescente "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão" (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles diretamente ou pelo braço da Justiça - o reto cumprimento da lei. Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela ia balança, em que pesa o direito. E as duas - lembrou Rudolf Von Ihering há mais de 200 anos - hão de trabalhar em harmonia "A espada sem a balança é força bruta; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à que maneja a balança". Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão em princípios, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores. Se assim é - vou repetir o raciocínio - enquanto o Estado não cumprir a lei (e não é por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão o de cumprir a lei, feita para o homem comum, não pode de forma alguma que ela seja observada, muito menos pelo homem "incomum". Mais do que deslealdade trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir - quando feita perante o Judiciário - ao indeferimento da fé extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos arts. 267, I e II, e parágrafo único, III do CPC atento à recomendação do art. 5º da e os olhos postos no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama: "Todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem-estar e, em especial, alimentação, o vestuário e a moradia". Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um amento preventivo a fim de evitar novas "invasões". P.R.I. Belo Horizonte, 3 março de 1995. Antônio Francisco Pereira Juiz Federal da 8.ª Vara. (STROZAKE, J. J. [coord.]. **Questões agrárias**: julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002, p. 3).

<sup>260</sup> MORAES, A. de. *Op. cit.*, p. 21.

educação, faz-se mister o estabelecimento do ensino, haja vista que estes conhecimentos não encontram pouso certo nas graduações de direito pátrios.<sup>261</sup>

Este (re)pensar do ensino dos direitos humanos consiste em um tríplice estratégia teórica, consoante esclarece o autor: “*Se trataria de, em primer lugar, conocer, em segundo, de 'definir', y, em último lugar, de 'situar', de enmarcar los derechos*”<sup>262</sup>.

Subjaz como pano de fundo desta nova estratégia pedagógica uma *racionalidade de resistência* que leve consigo o gérmen da ética da alteridade e a possibilidade de libertação. Nas palavras do autor: “*Una racionalidad que no niega que puede llegarse a una síntesis universal de las diferentes opciones frente a los derechos. Y tampoco descarta la virtualidad de las luchas por el reconocimiento de las diferencias étnicas o de género*”<sup>263</sup>.

Através desta noção complexa e impura dos direitos humanos e fundamentais, abre-se um leque dos atores participantes do processo de teorização e concretização destes. Assume-se, destarte, sua verdadeira concepção *multicultural*<sup>264</sup>.

Neste movimento de ampliação subjetiva os movimentos sociais ganham papel de destaque na concretização do discurso dos direitos humanos e dos fundamentais. A luta de resistência dos movimentos contra a imposição do capital transnacional tem sido um importante recurso no plano internacional.

Acerca da relevância dessa participação aduz Franz Hinkelamert:

*Los movimientos de defensa de los derechos humanos (...) se organizan y actúan desde la realidad concreta de las víctimas. Recurren a los amparos jurídicos en razón misma de la debilidad de las víctimas, incapaces con su propia organización, de resistir e imponer otras condiciones al capital. Y han cumplido al mismo tiempo un importante papel en la ampliación creciente de la juridicidad nacional e internacional en materia de derechos humanos.*<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup> A exemplo do repensar da estrutura curricular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>262</sup> “tratar-se-ia de, em primeiro lugar, conhecer, em segundo, de definir, e, em último, de *situar*, de enquadrar os direitos.” (Tradução livre). FLORES. *Hacia una visión ...*, p. 46.

<sup>263</sup> “Uma racionalidade que não se nega que pode chegar a uma síntese universal das diferentes opções frente aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas e de gênero”.(Tradução livre).*Ibidem*, p. 75.

<sup>264</sup> Expressão consolidada por SANTOS (*op. cit.*).

<sup>265</sup> “Os movimentos de defesa dos direitos humanos (...) se organizam e atuam desde a

Certo é que, muitas vezes diante da passividade estatal, foi a atuação dos movimentos sociais em defesa dos direitos humanos e fundamentais que nos conduziu a um progresso jurídico e ideológico, em termos teóricos e práticos, no que diz respeito a estes direitos.

São estas algumas das respostas oferecidas pela nossa doutrina para singrarmos a rota da teoria rumo à prática. Emerge incontestemente que as possibilidades acima postas – um pequeno espectro dos diversos caminhos oferecidos – devem ser olhadas em sua dimensão de complementaridade necessária.

Se não há, com efeito, caminho pronto pois é o andar que o faz, o que se apresenta, no âmbito da reflexão proposta, são, em verdade, *caminhos*, abertos e plurais, os quais se somam na luta pela efetividade dos direitos humanos.

De outra parte, o texto aqui tecido se coloca na perspectiva de indicar, dentre tais possibilidades, o diálogo entre direito e literatura, captando por essa via das letras que compõem o universo da condição humana alavancas singulares para dar concretude às promessas de uma sociedade mais justa.

Nesse diapasão, de uma parte, a presença inafastável da *utopia* como ideário se mostra imprescindível, de outra, a irresignação diante do Estado (ou do Rei, como o fez o homem que queria um barco) é pedra de toque para dizer que sempre haverá esperança enquanto houver homens e mulheres dispostos a realizar sonhos e manter o futuro como possibilidade e não como repetição pretérita de *ilhas já conhecidas*.

Subscreve-se, por fim, lição necessária para seguir em frente, singrando as águas do (des)conhecido na busca de nossa(s) ilha(s) desconhecida(s):

As mudanças necessárias não acontecem só porque nós acreditamos que é possível um mundo melhor. Essas mudanças hão de verificar-se como resultado das leis de movimento das sociedades humanas, e todos sabemos também que o voluntarismo e as boas intenções nunca foram o motor da história. Mas, a consciência disto mesmo não tem que matar nosso direito à utopia e nosso direito ao sonho. Porque a utopia ajuda a fazer o

---

realidade concreta das vítimas. Recorrem aos amparos jurídicos em razão mesma da debilidade das vítimas, incapazes com sua própria organização, de resistir e impor outras condições ao capital. E tem cumprido ao mesmo tempo um importante papel na ampliação crescente da juridicidade nacional e internacional em matéria de direitos humanos".(Tradução livre). HINKELAMERT, F. Globalización y liberación de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo*. Bilbao: Desclee, 2000. p. 186.

caminho. Porque sonhar é preciso, porque o sonho comanda a vida.<sup>266</sup>

*A ilha desconhecida* é um passo metodológico que tem no ritmo de seu navegar o rumo que pode redesenhar os mares da contemporaneidade.

Assim, “*a ilha desconhecida faz-se enfim ao mar, à procura de si mesma.*”<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> AVELÃS NUNES, J. A. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123. (grifo nosso)

<sup>267</sup> SARAMAGO. **O conto** ..., p. 62.

## CONCLUSÃO: ATRACAGEM?

Desafios e perspectivas se apresentam na travessia do discurso teórico à efetividade prática dos direitos humanos e fundamentais.

Tendo sido singradas as rotas para navegar no itinerário proposto, o trabalho atraca no conjunto das conclusões que emergem das idéias expostas, na procura de mecanismos de aproximação da teoria e da prática desses direitos.

Importa advertir que, como o homem do conto de Saramago, o trabalho não aporta em porto fixo de terra determinada, ancora sim na certeza de que das discussões aqui apresentadas partem diversas expedições em busca de ilha(s) desconhecida(s).

Consoante posto, o objeto dessa investigação resulta imperioso na conjuntura de um ordenamento jurídico que se faz surdo perante o *grito dos excluídos*, que insiste em reverberar nas vozes dos milhares de *severinos*<sup>268</sup> *que não tem pressa em chegar*<sup>269</sup>.

Assim, faz-se mister a construção de novas possibilidades do fenômeno jurídico para a superação dessa crise<sup>270</sup> que ainda marca o direito contemporâneo

---

<sup>268</sup> Alusão ao poema **Morte e Vida Severina** de João Cabral de Melo Neto. A saber:

“Somos muitos Severinos; iguais em tudo na vida: na mesma cabeça grande que a custo é que se equilibra, no mesmo ventre crescido, sobre as mesmas pernas finas e iguais também porque o sangue, que usamos tem pouca tinta.

E se somos Severinos iguais em tudo na vida, morremos de morte igual, mesma morte severina: que é a morte de que se morre de velhice antes dos trinta, de emboscada antes dos vinte de fome um pouco por dia (de fraqueza e de doença é que a morte Severina ataca em qualquer idade, e até em gente não nascida).

Somos muitos Severinos iguais em tudo e na sina: a de abrandar estas pedras suando-se muito em cima, a de tentar despertar terra sempre mais extinta, a de querer arrancar alguns roçado da cinza.(...)”

<sup>269</sup> Referência à obra **A Bagaceira** de José Américo de Almeida: “Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos maus fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram os retirantes. Nada mais.”

<sup>270</sup> De acordo com os ensinamentos de Thomas S. Kuhn “as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias”. (KUHN, T.S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 107) Assim sendo, a crise é o prenúncio da consolidação de um conjunto de novas idéias que até então vigorava sobre determinada seara do conhecimento. Destarte, neste contexto, o signo assume nova feição: terra fértil para a semeadura de novas idéias e pensamentos que areja o âmbito científico com novas idéias e regras e, inclusive, com



le feição positivista, apreendendo-se nesta papel criativo e ativo das verdadeiras transformações.

Nesse espaço de reconstrução, mantendo sempre em mente os ensinamentos de Jacques Derrida, avulta salutar a interlocução entre o direito e a literatura. Refletir sobre o direito por meio da narrativa literária lhe aprovisiona aporte crítico e emancipador acerca do mesmo e de sua relação com a realidade social.

Essa interpenetração arromba com a monotonia da dogmática hermética estabelecendo interstícios necessários à subsistência do Direito como fenômeno vivo e construído, especialmente no que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Destarte, rompendo com as rotas jurídicas cotidianas, parece inafastável a problematização das (im)possibilidades de articulação entre a narrativa jurídica e a literária.

Inferimos, nesse diapasão, que existem várias formas possíveis de interlocução entre as narrativas jurídica e literária. Sem pretensões taxativas ou exaurientes, destacou-se, neste estudo, a partir da obra de Thomas Morawetz, alguns dos modos e meios pelos quais essas se passam.

A primeira que evidenciamos narra acerca do *Direito na Literatura*. Esta possibilidade de inter-conexão diz respeito à representação jurídica em textos literários, ou seja, a captura do universo jurídico através das lentes literárias.

Em segundo lugar, há o *Direito como Literatura* que implica questionar o uso de aparatos literários e estratégias argumentativas nos textos legais. Neste sentido, esse aspecto aproxima-se do estudo da hermenêutica jurídica.

Seguiu-se o *Direito da Literatura* que significaria olhar os textos literários como fontes e peças jurídicas. Este exame inflige o ajuste de prudência e arrojo na demarcação dos limites e do alcance da influência da expressão artística-literária no direito.

O último aspecto que avultou desta análise – *literatura e reformas jurídicas* – exala a relação da Literatura, como possibilidade de emancipação, com as mudanças jurídicas. Esta faceta ressalta o potencial revolucionário, bem como os reflexos práticos, deste intercruzamento jurídico-literário. A inspiração política é

---

um novo discurso. É da dissociação entre a promessa e o fato concreto que se constitui a crise.

constante do mundo literário, sendo esta última, muitas vezes, causa para reformas políticas e jurídicas.

É precisamente sob este prisma emancipador, a partir do diálogo jurídico-literário, que se pretendeu a reflexão acerca da seara dos direitos humanos fundamentais. Isto porque avulta clara a transformação na racionalidade no que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais a partir deste deslocamento referencial, pois o direito alforria-se de sua concepção isolada e abre-se para os arquipélagos da interdisciplinabilidade.

Através desta viragem referencial, o direito atrela-se não só a distintas seções e configurações do conhecimento, mas também, articula-se com as demandas sociais, compromisso primeiro do ordenamento jurídico.

Partimos desse cais, uma vez que, ao longo desta monografia, procuramos abarcar os direitos humanos e os fundamentais a partir de um fundamento emancipador e crítico tendo em vista a insuficiência da teoria jurídica constitucional para a efetivação destes.

Daí porque o presente trabalho encontra-se conexionado ao *Conto da Ilha Desconhecida* e à luta do homem do leme que vivifica esta pesquisa por meio do barco conquistado para trilhar a rota entre o *tido* (sonho) e o *almejado* (ilha desconhecida).

Delimitados os alicerces da análise, navegou-se *mar adentro*<sup>271</sup> na análise de alguns pontos de destaque da bagagem teórica acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A partir da investigação proferida em *nosso barco*, avulta incontestemente a complexidade da temática que principia, inclusive, com a imprecisão e falta de uniformidade terminológica. Assim sendo, a busca de uma conceituação lacônica e abocada dessas suas categorias torna-se abstrusa levando em consideração a conjuntura plural e multifuncional na qual estão mergulhadas.

Aporta-se de uma idéia (conceito) materialmente aberto de direitos humanos e fundamentais que nos traga nova perspectiva sobre esses e que seja *integradora*,

---

<sup>271</sup> Referência ao filme homônimo de Alejandro Almenábar. O título do filme – **Mar Adentro** – faz referência a um dos poemas de Ramón Sampedro – protagonista do filme. Nesta película, o mar ocupa *locus* paradoxal já que este deu vida ao protagonista quando jovem e também condenou-lhe a uma vida(?) na cama – aí repousa a discussão trazida pelo filme. Como a morte, o mar figura como espaço misterioso e livre.

*crítica e contextualizada*<sup>272</sup>. Há, portanto, necessidade de uma fundamentação alternativa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na qual estes sejam compreendidos como significados construídos, informados reciprocamente pela conjuntura na qual estão mergulhados.

Não obstante a saudável prevalência da pluralidade ser imperativa liga – núcleo fundamental – que una esses direitos ao redor de um mesmo alicerce e finalidade. Esta aliança é desempenhada pelo princípio da dignidade da pessoa humana como um *conteúdo comum*<sup>273</sup> a todos os direitos humanos e fundamentais. O *princípio-fundamento*, nessa perspectiva, apenas pode ser apreendido em sua materialidade concreta e em sua perspectiva relacional, em que pese o contexto jusnaturalista individual no qual a idéia do abrolhou.

Restou verificado que os direitos humanos e fundamentais, consorciados na idéia da dignidade da pessoa humana, atuam de modo bifrontal. Por um lado, como garantia negativa de proteção da esfera individual e, de outro, como garantia positiva de fornecimento de condições suficientes ao desenvolvimento de cada indivíduo. Consoante exposto, estas exigências destinam-se tanto ao ente estatal quanto aos particulares variando apenas na intensidade e método de incidência.

Apesar dessas hipóteses de incidência, verificou-se, ao *lançar-se ao mar*, que subsiste um fosso abissal entre a teoria e a prática dos direitos humanos e fundamentais atrelado à carência de efetivação prática dessas normas constitucionais.

Na tentativa de, ao menos, aproximar estas duas margens tão distantes, foram percorridas e analisadas as rotas já traçadas por navegadores que se encontram nessas águas a mais tempo.

Observou-se, desta maneira, que as investigações que almejam uma real transmutação – e, por consequência, a verificação prática de tais direitos – partem todas de uma mesma doca: de uma nova hermenêutica, crítica e construtiva do fenômeno jurídico que mostre a superação daquela metodologia positiva tradicional.

---

<sup>272</sup> Remissão às idéias do autor espanhol Joaquim Herrera Flores expostas na parte II capítulo I desta monografia.

<sup>273</sup> Expressão utilizada por Vieira de Andrade em sua obra **Direitos Fundamentais**, p. 83.

É nesta toada que se insere a *metódica estruturante*<sup>274</sup> a qual afirma que a normatividade material presente na norma avulta da possibilidade de ser praticada, ou melhor, concretizada.

Diversas são as respostas oferecidas pela nossa doutrina para singrarmos a rota da teoria rumo à prática: a construção de um novo mundo, reforma das instituições internacionais de proteção aos direitos humanos, atuação do poder judiciário e do ministério público entre inúmeras outras.

Fica claro que as rotas propostas representam apenas parcela dos diversos caminhos possíveis e estes, portanto, devem ser analisados e tomados em sua perspectiva complementar e relacional. Foram, assim, apresentadas algumas das diversas embarcações e rotas existentes para a persecução de nossa *ilha desconhecida* que é a luta pela efetividade dos direitos humanos.

Não se prestou o presente trabalho a fornecer o mapa indicativo do caminho de alcance à *ilha desconhecida*. Até porque se mapa houver é este falho ou incompleto. Destinou-se esta investigação a afirmar a certeza da existência da(s) ilha(s) desconhecida(s) e a importância de buscá-las eis que essa procura mostra a relevância da travessia e não só do ponto de chegada.

---

<sup>274</sup> Conforme as idéias de F. Muller expostas na Parte III, capítulo II.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, J. T. Dos nós de uma lei e de um mercado que prendem e excluem aos nós de uma justiça que liberta. In: DORA, D. D. **Direito e mudança social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333-378.

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Grazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, C. D. de. Mãos dadas. In: BARATA, M. S. **Canto melhor**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969. p. 14.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sob a banalidade do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. **Poética 9**. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Col. Os Pensadores)

AVELÃS NUNES, J. A. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, P. F. de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BANDEIRA DE MELO, C. A. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Palestra proferida. In: PRIMEIRA JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2º semestre de 2004 na UniBrasil, Curitiba, Paraná.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. Os direitos fundamentais e a globalização. In: LEITE, G. S. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMÕES, L. **Os Lusíadas**. São Paulo: Landy, 1995. v. IX. 745.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de direito internacional dos direitos**

**humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. **Curso de direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARMO, L. U. do. **Ensaio sobre a hermenêutica jurídica e suas funções**. Disponível em: [www.socejur.com.br](http://www.socejur.com.br). Acesso em: ago. 2005.

CATTONI, M. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHUEIRI, V. K. **The Chain of Law**: how is law like literature? In: Legal Philosophy: general aspects. Proceedings of the 19<sup>th</sup> world congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. New York, June 24-30, 1999. p. 201-208.

CLÈVE, C. M. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COMPARATO, F. K. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DERRIDA, J. Force of law. **Cardozo Law Review**, v. 11, p. 943-944, jul./aug. 1990.

\_\_\_\_\_. Remarks on deconstruction and pragmatism. In: MOUFFE, Chantal. **Pragmatism and deconstruction**. New York/London: Routledge, 1996.

\_\_\_\_\_. **Acts of literature**. New York/London: Routledge, 1992.

DINIZ, M. H. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia. São Paulo: Atlas, 1989.

DUSSEL, E. **Ética da libertação** - na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

DWORKIN, R. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **O domínio da vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

ELLACURÍA, I. **Los derechos humanos fundamentales y su limitación legal y política**. San Salvador: UCA, 1969.

FLORES, J. H. **El vuelo de Anteo**: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclee, 2000.

\_\_\_\_\_. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: \_\_\_\_\_[coord.]. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica da la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000. p. 19-78.

\_\_\_\_\_. La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest. In: PRIETO, F.; THEOTÓNIO, V. [directores]. **Los derechos humanos: uma reflexão interdisciplinar**. Córdoba: ETEA, 1995. p. 23-56.

FREITAS, J. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. In: GRAU, E; GUERRA F., W. [org.]. **Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 226-248.

GADAMER, H.G. **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUTIÉRREZ, G. Globalización y liberación de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal**. Bilbao: Desclée, 2000. p. 173-200.

HABERMAS, J. **Teoria y práxis**. Madrid: Tecnos, 1997.

HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HINKELAMERT, F. El proceso actual de globalización y los derechos humanos. In: FLORES, J. H. **El vuelo de Anteo**. Bilbao: Desclée, 2000. p. 117-128.

HOBSBAWN, E. **Era dos extremos**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

IBGE. Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 1999 (CD-ROM). Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

KANT, I. **Crítica da razão pura e outros textos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KONDER, L. **Lukács**. Porto Alegre: L&PM, 1980.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEAL, R. G. **Hermenêutica e direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

LUHMAN, N. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: ICE de UAB, 1990.

MALHEIROS, S. H. S. A universalidade dos direitos humanos. **Revista do IBCCRIM**, São Paulo, n. 10.

MARÉS, C. F. S. **A universalidade parcial dos direitos humanos**. In: Seminário

organizado pelo Instituto Latino-americano de Serviços Legais Alternativos. Quito, Equador, out. 1994.

MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MATURANA, H.; VARELA, F. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MINAS GERAIS. Justiça Federal. Ação de Reintegração de Posse - Processo n.º 95.0003154-0. Juiz Federal: Dr. Antônio Francisco Pereira. 3 mar. 1995. In: STROZAKE, Juvelino José [coord.]. **Questões agrárias**: julgados comentados e pareceres. São Paulo: Método, 2002.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais**: parte geral. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, M. C. B. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente. **A nova família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 169-194.

\_\_\_\_\_. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.

MORAWETZ, T. Law and literature. In: PATERSON, D. A. **Companion to philosophy of law and legal theory**. USA: Blackwell, 1999. p. 450-461.

MOTA PINTO, P. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1999.

MÜLLER, F. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Presses Universitaires, 1996.

NUSSBAUM, M. **Love's knowledge**. New York/ Oxford: Oxford University, 1990.

\_\_\_\_\_. **Justicia poética**. Santiago do Chile: Andrés Bello, 1997.

ORGANIZAÇÃO PARA A ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA (FAO). Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=9093>. Acesso em: ago. 2005.

OST, F. **Raconter la loi**. Paris: Odile Jacob, 2004.

PÉREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, R. S. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais:



a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 355-398.

POSNER, R. **Law and literature**. Massachusetts: Harvard University, 1998.

PUGGINA, M. O. A hermenêutica e a justiça do caso concreto. In: SAMPAIO, Plínio de Arruda *et al.* **Ética, justiça e direito**. Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p. 163-175.

RAMONET, I. **Quixote hoje: utopia e política**. In: IV FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Porto Alegre, jan. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. HC n. 70005752027. Rel.: Des. Mario Rocha Lopes Fº. 27 fev. 2003.

RIZZATTO NUNES, L. A. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: PALESTRA NA XVII CONFERÊNCIA DA OAB. Rio de Janeiro, 29 ago./2 set. 1999.

SALDANHA, N. Direitos humanos: considerações históricas – Críticas. In: MELLO, C. D. A.; TORRES, R. L. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

SANTOS, B. de S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, C. A. [coord.]. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 250-253.

SARAMAGO, J. **O conto da ilha desconhecida**. São Paulo: Cia das Letras, [s.d.].

\_\_\_\_\_. **Todos os nomes**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

\_\_\_\_\_. **Quixote hoje: utopia e política**. In: IV FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Porto Alegre, jan. 2005.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SENNENT DE FRUTOS, J. A. **Elacuría y los derechos humanos**. Bilbao: Desclée, 1998.

SILVA, A. M. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, J. A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da

democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 93-107, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1992.

STEINMETZ, W. A. **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Eficácia jurídica**. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STROZAKE, J. J. [coord.]. **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Método, 2002.

TEIXEIRA, M. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

WITHMAN, W. **Canto a mí mismo**. Lisboa: Assírio & Alvim, 1999.

WOODSON v. North Carolina, 428 U.S. 280, 304 (1976).